

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FACULDADE DE DIREITO

JOÃO PEDRO CANASSA MONTANHER

O ASPECTO PATRIMONIAL DO DIRETO À IMAGEM

CURITIBA

2018

JOÃO PEDRO CANASSA MONTANHER

O ASPECTO PATRIMONIAL DO DIRETO À IMAGEM

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk

CURITIBA

2018

“Numa sociedade de consumidores, tornar-se uma mercadoria desejável e desejada é a matéria de que são feitos os sonhos e os contos de fadas” Zygmunt Bauman

RESUMO

O presente trabalho trata sobre o aspecto patrimonial do direito à imagem, desenvolvendo seus fundamentos após uma análise geral de sua vertente personalíssima, sendo assim, o trabalho estará dividido em 2 grandes blocos: um primeiro que analisa o direito à imagem em geral, sem distinção de condições econômicas e dispositivas, e um segundo que foca no aspecto patrimonial e de objeto de negócio jurídico, principalmente contratual. O bloco inicial apresenta a justificativa para uma proteção à imagem pelo direito, concluindo que esta provém da aplicação da dignidade da pessoa humana às relações privadas; também é demonstrado o conceito de imagem jurídica, limitado às características físicas, estáticas ou dinâmicas, e à voz, assim como o conceito de direito à imagem, consistente na autodeterminação individual; posteriormente realiza-se o estudo do desenvolvimento do direito à imagem, para estabelecer alguns critérios deste e, no fim do primeiro bloco, faz-se a análise do elemento de autonomia do direito à imagem em face de outros direitos da personalidade e das características da disponibilidade e da patrimonialidade. O segundo bloco inicia tratando sobre uma análise de práticas de mercado, os tipos de disposição e atribuição econômica dadas à imagem humana, posteriormente apontando classificação jurídica de sistemas de disposição dos direitos da personalidade; em seguida trata-se dos planos da existência, validade e eficácia em aplicação ao negócio jurídico de direito à imagem. Finalizando o segundo bloco, são apontadas algumas espécies de contrato que possuem o objeto em direito à imagem, visando apontar suas particularidades mais latentes. Por fim, conclui-se quais são as regras gerais da patrimonialidade e disponibilidade do direito à imagem, sem deixar que se desvincule do aspecto personalíssimo, em razão da vertente monista do direito brasileiro. Para fins de todos esses pontos, tomou-se por base doutrina brasileira, portuguesa, espanhola e italiana; comparação legislativa de diferentes países, assim como a análise de determinadas decisões jurisprudenciais de diferentes sistemas de direito. O pressuposto que guia este artigo é que a patrimonialidade também serve como forma de autodeterminação individual.

Palavras-chave: Direito à imagem. Direito à própria imagem. Direitos da Personalidade. Contrato. Negócio Jurídico. Patrimonialidade. Duplo aspecto do direito à imagem. Autodeterminação individual. Disponibilidade restrita. Contrato de licença. Contrato de cessão. Cláusula de exclusividade.

ABSTRACT

The following paper presents the economical aspect of the image right, developing its foundations after an broad analysis of the personality right aspect of the same theme, so there will be a division in two big chapters: the first one analyses the image right in general, without distinction of economical or disposable condition, and the second one focus on the economical aspect and the image right as the object of a contract. The first chapter presents a justification to the protection of the image right by the law, getting to the conclusion that it comes from the use of human rights principles applied to the relationship between private individuals; followed by a definition of image, which considers only the physical traits, being those static or dynamic, and the voice of an individual. Right after that comes a definition of image right, which consists in a form of personality self-determination; then, there is a study of the development of the image right, intending to establish some criteria to this kind of law and, in the end of the first part, it is followed by an analysis of the autonomy of the image right if compared to other personality rights, as a study of the disposable and economical characteristics of the object. The second chapter starts by dealing with market uses for the disposable and economical attributes of the image, which then will be as a form of juridical classification; it's followed by what is known as the three plans of the contract, being applied. At the end of the second chapter, some species of contracts which has their objects on the image right are pointed. At last, the general rules of economical and disposable image right are clear, although they are deeply linked to the existential part of the right, once the Brazilian system belongs to a kind denominated as 'monista'. To reach all those points, it was necessary to use, as basis, Brazilian, Portuguese, Spanish and Italian doctrines; comparative written law of different countries and the analysis of some jurisprudential decisions of different law systems. The presumption of this study is that the economical part of the image right also consists in a tool to fulfill personality self-determination.

Key-words: Image right. Economical condition. Disposable condition. Self-determination. Personality rights. Human rights applied to private relationships. Right of privacy. Right of publicity.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1: Partes. Fonte: footballleaks, 2015.	65
Figura 2: Definições 01. Fonte: footballleaks, 2015.	66
Figura 3: Definições 02. Fonte: footballleaks, 2015.	67
Figura 4: Direitos. Fonte: footballleaks, 2015.....	70

LISTA DE SIGLAS

ECA. – Estatuto da Criança e do Adolescente

RJ – Rio de Janeiro

S.A - Sociedade Anônima

SC – Santa Catarina

SP – São Paulo

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJGO – Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

TJPR – Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

UERJ – Universidade Estadual do Rio de Janeiro

LISTA DE ABREVIATURAS

art. – artigo

atual. - atualizado

cf. – conforme

coord. – cordenado

ed. – edição

ibid. – Ibidem

lt da. – limitada

nov. – novembro

op. cit - *opus citatum*

org. organização

out. – outubro

p. – página

set. – setembro

v. – volume

ver. – verificado

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. DESENVOLVIMENTO	14
2.1. Do Direito à Imagem em Geral	14
2.1.1. Justificativa da proteção da imagem pelo direito	14
2.1.2. Conceito de Imagem	16
2.1.3. Do Direito à Imagem.....	22
2.1.4. Desenvolvimento do Direito à Imagem.....	26
2.1.5. Autonomia do Direito à Imagem:	36
2.1.6. Características do Direito à Imagem	39
2.2. Aspecto patrimonial do Direito à Imagem:	42
2.2.1. Tipos e sistemas de disposição decorrentes do Direito à Imagem.....	42
2.2.2. O negócio jurídico “de” Direito à Imagem	46
2.2.2.1 O plano da existência	47
2.2.2.2. Do plano da validade	50
2.2.2.3. Do plano da eficácia	59
2.3. Contratos de objeto em direito à imagem:.....	61
3. CONCLUSÃO.....	71
BIBLIOGRAFIA.....	73

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa o estudo do direito à imagem sob a perspectiva de sua expressão patrimonial. A consideração de um fator patrimonial sobre um direito da personalidade, apesar de não ser estranha na atualidade, sempre suscita controvérsias e dúvidas quanto aos limites que podem ser impostos à vontade do indivíduo que dispõe de características provenientes de sua expressão humana visando interesses econômicos.

É claro que o direito à imagem não é a única espécie de direito de personalidade em que há uma potencialidade patrimonial, sendo a intimidade e a honra outras manifestações da personalidade que, não raro, tornam-se objeto de práticas de mercado ou, ainda, acabam ofendidos por estas mesmas práticas.

Concepción Rodriguez justifica a relação entre os três direitos da personalidade especificados a partir dos métodos de vulneração destes, uma vez que os instrumentos de ofensa teriam renovação eterna, conforme:

“Honor, intimidad y propia imagen han sido objeto de atención [...] se ha escrito demasiado sobre ellos y que se seguirá haciéndolo, por una de las razones que apuntaba más atrás, por la continua innovación en los instrumentos para su vulneración; recuérdese la continua renovación de sistemas de escucha, reproducción de imágenes, seguimiento de personas [...] que hacen poco menos que utópico conservar intacta nuestra vida privada u convierten en una ilusión la obtención de una efectiva reparación cuando son violados”¹.

¹ CONCEPCIÓN RODRIGUEZ, José Luiz. Honor, intimidad e imagen: Un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982. Barcelona: Bosch. 1996. p. 8.

Contudo, afirmar uma ofensa à própria imagem pela constante exposição desta é, além de submetê-la ao crivo da intimidade, apenas observar metade do quadro geral. A outra metade desse quadro se situa na proteção dos sujeitos quando estes querem, sim, ser vistos.

Se essa é uma tendência que se expande no mundo do novo milênio ou se já se arrasta há, pelo menos, um século (ou mais), não é objeto deste estudo. Contudo é inegável sua relevância na atualidade, já que a realização pessoal de diversas pessoas parece ser diretamente proporcional ao interesse da coletividade por elas. O indivíduo torna-se produto, pois quer ser “adquirido”.

Conclusão inversa faz o mercado, quando se utiliza de um sujeito cuja a coletividade já possui interesse, para fazer com que esta mesma sociedade obtenha determinados produtos ou serviços. Isto fica claro quando termos como personalidade, subjetividade, identidade, símbolos e etc, parecem de fluxo fácil entre as coisas materiais ou as pessoas, conforme percebe Bauman²: *“No caso da subjetividade na sociedade de consumidores, é a vez de comprar e vender os símbolos empregados na construção da identidade”*, assim como na obra de estudo de marketing de Solomon³:

“As marcas quase sempre têm imagens ou “personalidades” claramente definidas, criadas pelos comerciais do produto, embalagens, caracterização visual e outras estratégias de marketing. A escolha do site favorito tem muito de afirmação de estilo de vida: diz muita coisa sobre os interesses da pessoa, bem como algo sobre o tipo de pessoa que ela gostaria de ser. Frequentemente, as pessoas escolhem um produto por que gostam de sua imagem ou porque, de algum modo, sentem que sua “personalidade” corresponde à delas. Além disso, um consumidor pode acreditar que, comprando e usando o produto ou serviço, absorverá suas qualidades desejadas como num passe de mágica. [...] Em outros casos, uma outra

² BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*; tradução Carlos Alberto Medeiros. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008. p. 22

³ SOLOMON, Michael R. *O Comportamento do Consumidor - Comprando , Possuindo e Sendo*; 11^a edição. Porto Alegre: Editora Bookman, 2016. p. 28/29

“pessoa pode agir como influenciador, fazendo recomendações a favor ou contra certos produtos sem realmente comprá-los ou usá-los”.

Quando há convergência entre quem quer ser visto e quem quer vê-lo (ou quem quer ser responsável pela exposição do primeiro indivíduo), é comum que este confronto de declaração de vontades ganhe contornos latentemente patrimoniais.

O presente estudo tem justamente o objetivo de analisar esta convergência de vontades opostas, que tratam sobre um reflexo do ser humano, mas que, por fim, ganha consideração patrimonial.

Este artigo será dividido em dois blocos, um que trata do Direito à Imagem de forma geral, considerando tanto seu aspecto pessoal quanto patrimonial, e um segundo, que desenvolverá apenas sobre a função econômica e dispositiva do direito em tela.

O primeiro bloco inicia-se com uma breve justificativa da proteção da imagem pelo direito, logo partindo para estabelecer um conceito jurídico de imagem.

Estipulado tal conceito, se passa à análise do direito que decorre dele, apontando, em seguida, suas regras e de que forma foi desenvolvido.

Depois, o foco restará sobre a autonomia do direito à imagem em face de outros direitos da personalidade e, por fim, a descrição das características deste direito.

O segundo bloco tratará, inicialmente, de relatar tipos de usos de mercado dados à imagem, demonstrar como esses tipos têm reflexos diversos sob a ótica jurídica e, conclui-se que é impossível, no Brasil, separar o aspecto patrimonial do aspecto pessoal do direito à imagem e as consequências deste evento.

A segunda parte do segundo bloco tratará do encaixe do negócio jurídico de objeto pertinente ao direito à imagem na teoria dos três planos (existência, validade e eficácia), a partir de cada um de seus requisitos.

E, por fim, é feita uma demonstração de tipos de contrato que possuem o direito à imagem como objeto e, de que forma, esses diferenciam-se.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. Do Direito à Imagem em Geral

2.1.1. Justificativa da proteção da imagem pelo direito

O Direito à Imagem (também nomeado por doutrina e jurisprudência, como Direito à Própria Imagem ou, até mesmo, Direito de Imagem), em um conceito amplo e derivativo, é uma espécie de direito pertencente ao gênero Direito da Personalidade (Direito Geral de Personalidade ou Direitos da Personalidade).

Esta espécie está expressamente prevista no artigo 5º, incisos V, X e XXVIII, 'a' da Constituição Federal de 1988, apresentada pelo legislador constitucional como apartada das demais espécies intimidade, vida privada e honra, pelo menos sob uma interpretação literal da norma⁴.

A justificativa para uma proteção jurídica da imagem tem fundamentos variados, desde a sustentação objetiva de De Cupis de que “*derivaria de uma exigência individualista, segundo a qual a pessoa deve ser árbitro de consentir ou não na reprodução das suas próprias feições*”⁵ até à opção do retratado em escolher as reações que causa à coletividade, em razão das sensações visuais e táteis que

⁴ Respeitando a demonstração gradual que autores como Walter Moraes, Notaroberto Barbosa, Luiz Alberto David de Araújo, Zulmar Antônio Fachin e Antônio Chaves fazem, separando este direito de cada um dos demais direitos de personalidade relacionados.

⁵ CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*; tradutor, Afonso Celso Furtado Rezende - São Paulo; Quorum, 2006, p.140.

provoca, portanto, de ordem subjetiva, conforme sustentado por Walter Moraes⁶ ou, até mesmo, os benefícios ou indiferenças que o acesso à imagem de um indivíduo pode causar a este, conforme proposto por Zulmar Fachin⁷ e Antônio Chaves⁸.

Em uma análise de natureza jurídico-filosófica, a proteção à imagem se justifica pelo processo de “repersonalização” do direito, colocando a pessoa, considerada de forma concreta mediante suas relações de intersubjetividade, como centro da ordem jurídica, através da fixação da dignidade da pessoa humana como valor máximo do direito. Para sua proteção, são estabelecidos Direitos Fundamentais (ainda que possuam outras finalidades no âmbito de direitos políticos e sociais) que, por sua vez, ainda que não correspondam exatamente, encontram equivalência no plano privado sob a ideia de direitos da personalidade, conforme demonstram Fachin e Pianovski:

“a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais sobre as relações de Direito Privado conduz à conclusão de que a proteção civil aos Direitos de Personalidade nada mais é do que uma faceta dessa incidência dos Direitos Fundamentais sobre as relações interindividuais”.⁹

⁶ MORAES, Walter. *Direito à própria imagem*. Revista dos Tribunais, v.443. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 64.

⁷ FACHIN, Zulmar Antonio. *A proteção jurídica da imagem*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 50

⁸ CHAVES, Antonio. *Direito à própria imagem*. São Paulo: Revista dos Tribunais. p.46.

⁹ FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. *A Dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista*. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Conselheiros/Luiz-EdsonFachin.pdf>>. Acesso em 15 out. 2018

Uma vez que a imagem possui conteúdo que reflete atributo psíquico-somático-relacional¹⁰ da pessoa, deverá ser protegida como tal, ou seja, como sustentáculo de sua dignidade, o que não se exaure na mera previsão constitucional, mas sim como valor anterior ao próprio ordenamento¹¹.

Nesse caso, há uma presunção de que qualquer ato praticado, alheio à vontade do sujeito, que se vale dos traços individualizadores deste, tem o condão de ferir sua dignidade.

Especialmente quanto ao aspecto patrimonial do direito à imagem, sua proteção possui a mesma justificativa, contudo, conforme aponta Silma Mendes Berti, garante um aspecto adicional quando assegura “*também a proteção do interesse material a que a sua imagem não seja explorada sem a devida autorização e confere-lhe o monopólio de sua exploração*”¹².

2.1.2. Conceito de Imagem

Tamanho destaque à lógica do direito à imagem protegendo atributo humano é essencial, pois é pressuposto para compreender as definições de imagem.

¹⁰ SOUZA, Rabindranath Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995. apud. FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A Dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. p. 1

¹¹ FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. op, cit. p. 1

¹² BERTI, Silma Mendes. *Direito à própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 36.

Isto porque, certos autores, como o italiano Paolo Vercellone¹³, Orlando Gomes¹⁴ e Rita Amaral Cabral¹⁵, referem-se, não à proteção da imagem como características físicas ou elementos passíveis de individualização, mas como retrato ou outro meio externo de fixação da imagem.

Tal tese não é aceitável. Ainda que o exercício do direito subjetivo, normalmente, se dê em razão de uma ofensa à personalidade, que se materializa pela fixação da imagem em determinado meio, certamente isso não significa que o direito não era anterior essa fixação (diferente do que ocorre com os direitos autorais)¹⁶.

Neste sentido, sustenta Araújo que a imagem apresenta duas faces, a de matriz, protegida como indivíduo, e a imagem decorrente, consistente na fixação desta em determinados meios, logo, *“há, dessa forma, uma imagem a ser preservada, considerando como traços essenciais e especiais de um determinado indivíduo e a imagem que é decorrência da primeira, por força de uma reprodução”*¹⁷. Contudo, para fins práticos, tal distinção se mostra desnecessária, uma vez que as faces são

¹³ VERCELLONE, Paolo. // diritto sul próprio ritratto, 1ª ed., Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1959. Apud. NOTAROBERTO BARBOSA, Alvaro Antonio do Cabo. *Direito à própria imagem: aspectos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1989. p.28. apud.

¹⁴ Cf. GOMES, Orlando. Introdução a o direito civil, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986. p. 136, em *“O retrato de uma pessoa não pode ser exposto ou reproduzido, sem o consentimento desta”*

¹⁵ CABRAL, Rita Amaral. O direito à intimidade da vida privada – breve reflexão acerca do artigo 80º do Código Civil. In: Teles, Inocêncio Galvão (Org.). Estudos em meória do Professor Doutor Paulo Cunha. Lisboa: FDUL, 1989. P. 373-406. apud. BARROSO SILVA, Andréa. *Direito à imagem: o delírio da redoma protetora*. In: MIRANDA, Jorge et al. (Org.) **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2012. p. 284.

¹⁶ Cf. HERCE DE LA PRADA, Vicente. El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión. Barcelona: José M.ª Bosch Editor. 1994. p.17, em *“El derecho de autor es como el de la imagen un derecho de representación externa o extrínseca. Ahora Bien, así como el primeiro lo es de la personalidad en cuanto tal; el segundo constituye una representación sobre el propio cuerpo, mejor dicho, de la persona, partiendo de una distinción de los derechos de la personalidad y de la persona*

¹⁷ ARAÚJO, Luiz Alberto David de. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 10

protegidas de forma igual, apesar de concebidas em momentos diferentes. Todavia, isso não encerra o problema da conceituação.

Dentre aqueles que entendem a imagem como conjunto de características físicas pertencentes ao indivíduo (antes de sua fixação em meio externo), existem contraposições quanto aos elementos desse conjunto.

Os professores brasileiros Carlos Alberto Bittar¹⁸, Antônio Chaves¹⁹ e Anderson Schreiber, o italiano Adriano de Cupis²⁰, os portugueses David de Festas²¹ e Oliveira Ascensão²² e os espanhóis Concepción Rodríguez²³ e Herce de La Prada²⁴, por exemplo, defendem a limitação de conceito de imagem à efígie e forma plástica (de forma que esta só estaria acessível pelo sentido da visão), ainda que sobre membros e caracteres específicos e/ou dinâmicos do corpo.

Outra vertente de autores inserem a voz humana como componente da imagem jurídica, uma vez que esta também tem a potencialidade de individualizar a pessoa por um ato mecânico. Neste ponto, são exemplos Notaroberto Barbosa, Pontes de Miranda e Walter Moraes.

¹⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária; 1995. p.95

¹⁹ CHAVES, Antonio. op. cit. p. 45.

²⁰ Ainda que não o reconheça como autônomo, cf. CUPIS, Adriano de. op. cit. p. 140

²¹ FESTAS, David de Oliveira. *Do conteúdo patrimonial do direito à imagem- contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido e inter vivos*. Lisboa: Coimbra, 2009. P.50

²² ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil - Teoria Geral - Vol. 1 - Introdução. As Pessoas. Os Bens*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 106.

²³ CONCEPCIÓN RODRIGUEZ, José Luiz. Honor, intimidad e imagen: Un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982. Barcelona: Bosch. 1996. p. 34.

²⁴ . HERCE DE LA PRADA, Vicente. *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*. Barcelona: José M.ª Bosch Editor. 1994. p.18

Este último define imagem como²⁵:

“Toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem é imagem para o Direito. A idéia de imagem não se restringe, portanto, à representação do aspecto visual da pessoa pela arte da pintura, da escultura, do desenho, da fotografia, da figuração caricata ou decorativa, da reprodução em manequins e máscaras. Compreende, além, a imagem sonora da fonografia e da radiodifusão, e os gestos, expressões dinâmicas da personalidade. A cinematografia e a televisão são formas de representação integral da figura humana. [...] Também as partes destacadas do corpo, desde que por elas se possa reconhecer o indivíduo, são imagem na índole jurídica: certas pessoas ficam famosas por seus olhos, por seus gestos, mesmo pelos seus membros.”

Adota-se, neste artigo, a referida definição, tendo em vista que também é adotada por parte da doutrina brasileira, sendo considerada como mais ampla do que a expressa por Antônio Chaves²⁶, menos naturalista da apresentada por Hermano Duval²⁷ e mais específica do que a proferida no trabalho clássico de Adriano de Cupis²⁸.

Importante referir, ainda, o entendimento particular de Pontes de Miranda quanto ao conceito de imagem. Apesar de incluir a voz e outras características individualizadoras (como faz Walter Moraes), afirma que o direito consiste na

²⁵ Conforme Domingos Franciulli Neto, Luiz Alberto David de Araújo e Notaroberto Barbosa e presente em MORAES, Walter. *Direito à própria imagem*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 61, n. 443, setembro de 1972, p. 64.

²⁶ “a representação pela pintura, escultura, fotografia, filme, etc, de um objeto qualquer, inclusive a pessoa humana”. CHAVES, Antonio. op. cit. p. 45.

²⁷ “a projeção da personalidade física (traços fisionômicos, corpo, atitudes, gestos, sorrisos, indumentárias, etc.) ou moral (aura, fama, reputação) do indivíduo [...] no mundo exterior”. DUVAL, Hermano. *Direito à imagem*. São Paulo: Saraiva. 1988, p. 106

²⁸ “Resguardo pode ser definido como sendo o modo de ser da pessoa, que consiste na exclusão do conhecimento pelos outros daquilo que se refere somente a ela. [...] Uma das manifestações importantes do direito ao resguardo é o chamado direito à imagem.” CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*; tradutor, Afonso Celso Furtado Rezende - São Paulo; Quorum, 2006. p. 140

exclusividade de ter estas ligadas a si, quando representado, ou de obter o meio físico pelo qual foi descrito, conforme:

“A faculdade de consentir em fotografar-se, ou falar em rádio, ou falar para gravação, ou em ser televisionado, não é conteúdo do direito de personalidade à própria imagem; é o exercício dele. [...] O direito de personalidade à própria imagem contém em primeiro plano, a exclusividade da imagem como peça identificadora, - donde a pretensão e as ações tendentes a se assegurar ao modelo (chamemos assim à pessoa a que pertence a imagem) que ela, seu nome e a sua imagem estão em correlação. [...] O segundo elemento do conteúdo do direito de personalidade à própria imagem é o de obtê-la - o que não confunde com o consentir em fotografia, ou em outra imagem, que é limitado pelas circunstâncias pré-excludentes da necessidade de consentimento.” 29

Tendo em vista que esta visão acabou não sendo acompanhada por outros autores, assim como, especialmente no segundo elemento, aparenta ser mais adequada à vinculação do direito à imagem ao direito de autor, acaba-se por utilizar a doutrina de Pontes de Miranda mais como exemplo da inserção da voz no conceito de imagem, do que pela definição deste quanto ao direito em análise.

Por fim, a última vertente é a que reconhece o que seria chamado de imagem-atributo ou imagem moral, consistente na atribuição de características de cunho psicológico a determinado sujeito, como expõe Araújo³⁰: *“Muitas pessoas fazem (ou não fazem) questão de serem consideradas relaxadas, meticulosas, organizadas,*

²⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955. t. VII. p. 58/59.

³⁰ ARAÚJO, Luiz Alberto David de. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 27 e p. 96, em: *“Imagem, assim, deixa de ser o retrato, a exteriorização da figura para, em outro campo, pretender ser o retrato moral do indivíduo, da empresa, do produto, seu caráter.”*

estudiosas, pontuais ou importuais. São características que acompanham determinada pessoa em seu conceito social". De forma resumida, é a idéia de um direito quanto à apresentação do sujeito na sociedade mediante determinadas luzes, que este acredita serem próprias de sua personalidade.

Em que pese esta lógica seja defendida por Araújo, Zulmar Fachin³¹ e Monteschio³² (esses dois últimos, em influência clara e direta do primeiro autor), tal teoria não aparenta ser majoritária, tampouco adequada.

Primeiramente, se trataria de ampliar o direito à imagem a tal ponto que o converteria em um direito à individuação/identificação³³ ou à identidade pessoal³⁴, estendível à questões de origem não físico-mecânicas (excetuando-se, portanto, da efígie, voz ou componentes dinâmicos do corpo, conforme admitido no conceito de Walter Moraes), o que faria com que o direito, nos termos da imagem-retrato, retornasse à condição de não autônomo. A identificação de caracteres não é o direito ao qual se insere o direito à imagem, mas sim um dos pressupostos para a proteção jurídica desta.

³¹ FACHIN, Zulmar Antonio. Op. cit. p. 48, em *"De grande valia, neste sentido, o estudo do Professor Araújo [...] Para ele, há duas imagens: a imagem-retrato e a imagem-atributo. Aquela objetiva, é a imagem decorrente da expressão física do indivíduo; esta, subjetiva, é o conjunto de características apresentadas socialmente por determinado indivíduo. Neste estudo, pretende-se trata da imagem-retrato [...] passando ao largo da imagem-atributo"*

³² MONTESCHIO, Horácio. A imagem como patrimônio: uma análise do conteúdo patrimonial do direito à imagem. 1ª ed. Birigui, SP. Boreal Editora, 2015. p. 16, em *"No caso da imagem atributo o que efetivamente importa é o conceito pessoal que a pessoa possui no meio social em que vive, ou pelo conceito que goza perante as demais pessoas"* p.16

³³ Importante, neste aspecto, falar da distinção que Walter Moraes faz quanto a identificação e a individualização. Segundo o professor da USP, a identificação serviria a um interesse coletivo, enquanto a individuação constituiria em um interesse do próprio sujeito, de forma, sendo este o elemento essencial ao direito à imagem e ao direito de personalidade em geral. Contudo, em especial ao ponto da imagem-atributo, não faz diferença qual dos dois se use, uma vez que busca referir que o direito seria ampliado a um direito ao reconhecimento de caracteres. Cf. NOTAROBERTO BARBOSA, Alvaro Antonio do Cabo. op. cit. p. 49

³⁴ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3ª ed. - São Paulo: Atlas, 2014. p.189/221

Além disso, incluir todo o direito que possui qualquer ligação com a identidade pessoal como direito à imagem, acabaria por englobar sob um mesmo regime direitos com características bem diversas, desde o direito ao nome ao direito aos dados de saúde (ainda que todos façam partes da categoria geral de direitos da personalidade, sua separação em espécie acarreta em particularidades).

Por fim, seria atribuir um aspecto subjetivo no reconhecimento de uma ofensa à personalidade decorrente de um exercício ilegítimo das faculdades provenientes do direito à imagem, o que dificultaria o próprio reconhecimento e aplicação deste direito pelos tribunais.

Sendo assim, conclui-se e justifica-se novamente a utilização do conceito de Walter Moraes de imagem, uma vez que este não reconhece a imagem-atributo e não limita o direito ao meio de reprodução das características físicas representadas, de forma a consagrar o conceito na efígie (no todo ou separada em partes), na voz e em representações dinâmicas típicas do indivíduo.

2.1.3. Do Direito à Imagem

O Direito à Imagem é a proteção de ordem jurídica despendida à imagem de um indivíduo, sob a forma dos direitos subjetivos da personalidade.

Não raro, aponta-se o direito à imagem sob uma face negativa, de exclusão e impedimento do conhecimento das características físicas do titular por parte de terceiros, conforme sustentam José Samaniego, Rita Amaral Cabral, de acordo com

Barroso Silva³⁵, e Antônio Chaves³⁶. Contudo, o direito em estudo não se exaure em um mero conteúdo negativo³⁷.

Interessante, neste sentido, a doutrina de Carlos Alberto Bittar, isto porque, em explicação ao exercício deste direito, o autor chega em uma conclusão que, neste momento, deseja-se inverter.

Segundo Bittar³⁸, o direito à imagem somente relaciona-se “à *faculdade que a pessoa tem de escolher as ocasiões e os modos pelos quais deve aparecer em público*”, porém, de modo prático acabaria “*consistindo, em essência, no direito de impedir que outrem se utilize - sem prévia e expressa anuência do titular, em escrito revestido das formalidades legais - de sua expressão externa, ou de qualquer dos componentes individualizadores*”, ou seja, seu conteúdo seria uma restrição à apresentação ao público.

Tal restrição é deveras radical. Na verdade, a faculdade de impedir que outrem se utilize de sua imagem é apenas um dos reflexos, enquanto o direito de autodeterminação da pessoa sobre esta mesma imagem, conforme defendido por

³⁵ “José Luis Manzanares Samaniego define direito à imagem como o direito exclusivo e excludente de uma pessoa a pronunciar-se sobre a difusão e exposição pública de sua imagem [...] Segundo Rita Amaral Cabral, no Código Civil, o direito à imagem surge como o direito a impedir que terceiros venham a conhecer o retrato da pessoa” em BARROSO SILVA, Andrea. *Direito à imagem: o delírio da redoma protetora*. In: MIRANDA, Jorge et al. (Org.) **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2012. p. 283/284

³⁶ “Direito à imagem é direito ao não-conhecimento alheio da imagem do sujeito; e é violado pela informação arbitrária da mesma imagem” CHAVES, Antonio. Op, cit. p. 52.

³⁷ GITRAMA, González. *Derecho a la propia imagen*, Nueva Enciclopedia Jurídica. eix. Editor, Tomo XI, Barcelona, 1962, pág. 332 e 333. apud HERCE DE LA PRADA, Vicente. *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*. Barcelona: José M.^a Bosch Editor. 1994. p.33

³⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária; 1995. p.88

Festas³⁹, é efetivamente o Direito à Imagem. Tal sustentação, inclusive, justifica sua potencialidade econômica.

É claro que todos os direitos da personalidade, de alguma forma e em diferentes graus, constituem a autodeterminação do indivíduo sobre si próprio, como forma de garantir o pleno desenvolvimento da personalidade.

Justamente para operacionalizar essa autodeterminação, aponta Ferrara⁴⁰ que os direitos da personalidade são faculdades específicas sobre diferentes partes da esfera individual. Quanto à imagem, essas faculdades, além de se tratarem de um plural (não limitando-se, simplesmente, à negativa ao conhecimento desta), também não são, necessariamente, negativas.

Destacam-se as faculdades apontadas pelo artigo 7, ponto 5, da lei espanhola 1 de 1982, consistentes na **captação, reprodução e publicação**. Estas constituem feixes diversos, conforme afirma Concepción Rodriguez, “*el legislador ha querido otorgar un carácter diferenciador a cada uno de estos hechos*”⁴¹, assim como reconhece o Tribunal Constitucional Espanhol nos Autos 300 de 1989⁴², pois “*cada uno de estos sustantivos tiene un significado autónomo y de ninguna manera cabe considerarlos sinónimos [...] asimismo evidente que entre ellos media una relación secuencial de producción, en el sentido de que el momento de la captación es lógicamente anterior a los momentos de la reproducción y de la publicación*”.

³⁹ FESTAS, David de Oliveira. Do conteúdo patrimonial do direito à imagem- contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido e inter vivos. Lisboa: Coimbra, 2009. P.55

⁴⁰ GOMES, Orlando. Op, cit. p. 130

⁴¹ CONCEPCIÓN RODRIGUEZ, José Luiz. Honor, intimidad e imagen: Un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982. Barcelona: Bosch. 1996. p. 49.

⁴² Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/14212>> Acesso em: 30 out. 2018.

Por outro lado, o Código Civil brasileiro aponta, no art. 20, as faculdades da **publicação, exposição e utilização**.

Fosse apenas um problema de divergências entre diplomas legislativos, a indicação de faculdades seria mais simples, contudo, a própria doutrina em geral faz referência livre a diversos outros eixos, como faz Schreiber apontando os atos de **divulgar e veicular**⁴³ ou Bittar, apontando os poderes de **representar, modificar** o meio representativo ou **reproduzir**⁴⁴.

Para concluir quais são os poderes decorrentes do direito à imagem é mais produtivo estabelecer uma lógica cronológica de atos, do que simplesmente tentar levantar hipóteses previamente indicadas. Sendo assim, aponta-se os poderes de **captar**⁴⁵ (objeto inicial: fixa-se a imagem em um meio de representação, como filme, fotografia, desenho e etc), **armazenar**⁴⁶ (manter a imagem representada ou cópia desta em mídia, aparelho ou outro dispositivo, de forma permanente ou temporária), **modificar**⁴⁷ (alterar as condições originais da imagem representada ou cópia desta, tanto quanto as características ali expostas ou quanto o meio pelo qual foi originalmente veiculada/transferida), **reproduzir**⁴⁸ (consistente em fazer cópias da imagem representada), **veicular**⁴⁹ (transmitir a imagem captada, modificada ou não,

⁴³ SCHREIBER, Anderson. Op, cit. p. 121 e p. 125.

⁴⁴ BITTAR, Carlos Alberto. Op, cit. p. 91

⁴⁵ Proveniente do art. 9.5 da lei orgânica espanhola 1 de 82

⁴⁶ Em inspiração do artigo 241-B do ECA

⁴⁷ BITTAR, Carlos Alberto. Op, cit. p. 91

⁴⁸ Cf. BITTAR, Carlos Alberto. Op, cit. p. 91; ESTRADA ALONSO, Eduardo. *El derecho a la imagen la LO núm. 1/1982 de 5 de mayo*. Rac, Tomo-2, 1990. p. 347/348 apud CONCEPCIÓN RODRIGUEZ, José Luiz. Honor, intimidad e imagen: Un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982. Barcelona: Bosch. 1996. p. 51 e artigo 5º, inciso VI da lei 9.610/98, excepcionado o armazenamento que foi colocado em faculdade própria.

⁴⁹ SCHREIBER, Anderson. Op, cit. p. 121 e p. 125.

a outro dispositivo), **transferir** (transmitir imagem captada, modificada ou não, para fins de armazenamento em outro dispositivo), **divulgar**⁵⁰ (expor⁵¹ a imagem captada, modificada ou não, a indivíduo ou coletividade específicos), **publicar**⁵² (expor a imagem captada, modificada ou não, a coletividade em que não há qualquer restrição de acesso), **utilizar**⁵³ (aproveitar-se da imagem captada, modificada ou não, para fins patrimoniais - ainda que não diretos - ou existenciais; constituindo poder geral, qual a doutrina normalmente justifica ofensa à personalidade por meio de imagem sob o termo do “uso indevido”) e **dispor ou ceder, de forma limitada**, dos outros poderes⁵⁴. O poder de disposição será essencial para o estudo posterior do aspecto patrimonial do direito à imagem.

2.1.4. Desenvolvimento do Direito à Imagem

A imagem, legislativamente, teve sua primeira consideração no Brasil na lei 496/1898, referente a proteção de direitos autorais⁵⁵. Sob a mesma lógica, sobreveio a previsão do artigo 666, X do Código Civil de 1916⁵⁶, que inovou com a possibilidade

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Cf. artigo 20 do Código Civil brasileiro

⁵² SCHREIBER, Anderson. Op, cit. p. 121 e p. 125.

⁵³ Ibid..

⁵⁴ BITTAR, Carlos Alberto. Op, cit. p. 87, em “*Destaca-se, no entanto, dos demais, pelo aspecto da disponibilidade, que, com respeito a esse direito, assume dimensões de relevo*”

⁵⁵ Art. 22. Não se considera contrafacção: 7) a reprodução de retratos ou bustos de encomenda particular, quando ella é feita pelo proprietario dos objectos encommendados.

⁵⁶ Art. 666. Não se considera ofensa aos direitos de autor: X. A reprodução de retratos ou bustos de encomenda particular, quando feita pelo proprietário dos objetos encomendados. A pessoa

do retratado e seus sucessores poderem opor-se à reprodução ou exposição pública de retrato ou busto. Neste sentido, há um primeiro enunciado prescritivo do poder do próprio titular sobre suas características individualizadoras, em obstar o conhecimento destas por terceiros, ou seja, o reconhecimento de um direito de ordem pessoal, que prevaleceria sobre o do autor.

Posteriormente, vem a lei 5.772/71 (referente à propriedade industrial), no artigo 65, n. 12⁵⁷, limitando que as características de uma pessoa (sob o conceito de efígie) fossem registradas como marca (ordenando a expressa autorização do retratado), tomando um passo na preponderância no aspecto personalíssimo da imagem, assim como fez a lei 5.988/73 (lei de direitos autorais), em seu artigo 49, I, f⁵⁸, quando estabeleceu que a objeção do retratado é limite ao direito moral de autor.

A contraposição de direito à imagem e direito de autor tem, atualmente, tratamento na lei 9.610/98, com os artigos 24, VI; 46, I, c e 90, § 2º⁵⁹ retomando as regras anteriormente demonstradas e, de forma geral, consagrando a preponderância do direito do retratado.

Os enunciados legislativos envolvendo a imagem, durante o século XX no Brasil, apartado da legislação autoral, também foram tratados em leis destinadas a

representada e seus sucessores imediatamente podem opor-se à reprodução ou pública exposição do retrato ou busto.

⁵⁷ Art. 65. Não é registrável como marca: 12) nome civil, ou pseudônimo notório, e efígie de terceiro, salvo com expresse consentimento do titular ou de seus sucessores diretos;

⁵⁸ Art. 49. Não constitui ofensa aos direitos do autor: I - A reprodução: f) de retratos, ou de outra forma de representação da efígie, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros.

⁵⁹ Art. 24. São direitos morais do autor: VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem; Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: I - a reprodução: c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros; Art. 90. Tem o artista intérprete ou executante o direito exclusivo de, a título oneroso ou gratuito, autorizar ou proibir: § 2º A proteção aos artistas intérpretes ou executantes estende-se à reprodução da voz e imagem, quando associadas às suas atuações.

proteção de determinadas coletividades, cuja vulnerabilidade estivesse mais acentuada, como Crianças e Adolescentes (artigo 17 e 240 do ECA)⁶⁰, presos (artigo 198 da Lei de Execuções Penais)⁶¹ e Indígenas⁶².

Nota-se, da análise legislativa brasileira, que o direito à imagem não foi objeto profundo de lei ou desvinculado, por meio de instrumento formal, de outros direitos, pelo menos até a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 em seu artigo 20⁶³ (em que pese o projeto de código de 1963 de Orlando Gomes, abandonado pelo executivo à época, tratasse do direito à imagem em seu art. 36,⁶⁴ de forma mais aprofundada do que a assumida no Código de 2002⁶⁵).

⁶⁰ Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. Art. 240. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

⁶¹ Art. 198. É defesa ao integrante dos órgãos da execução penal, e ao servidor, a divulgação de ocorrência que perturbe a segurança e a disciplina dos estabelecimentos, bem como exponha o preso à inconveniente notoriedade, durante o cumprimento da pena.

⁶² Ordem legislativa e referência à portaria 970/N da Funai em FRANCIULLI NETO, Domingos. A proteção ao direito à imagem e a Constituição Federal. p.34. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informativo/article/view/442>>. Acesso em: 25 out. 2018.

⁶³ Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

⁶⁴ Art. 36. Reprodução da Imagem - A publicação, a exposição ou utilização não autorizada da imagem de uma pessoa podem ser proibidas a seu requerimento, sem prejuízo da indenização a que fizer jus pelos danos sofridos. § 1º A proibição só se justifica se da reprodução resultar atentado à honra, à boa fama ou à respeitabilidade da pessoa. § 2º Os direitos relativos à reprodução da imagem podem ser exercidos pelo cônjuge ou pelos filhos, se estiver morta ou ausente a pessoa.

⁶⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002*. A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional / Coord. Gustavo Tepedino. – 2.ed. ver. E atual. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/32350-38875-1-PB.pdf>>. Acesso em 23 out. 2018.

Contudo, o referido direito já é objeto de discussão a pelo menos um século, possuindo bases tradicionais e características claras perante doutrina e jurisprudência, assim, afirma-se que o desenvolvimento do tema se deu, principalmente, “fora da lei”, valendo-se, no Brasil, de interpretações de cláusulas gerais e doutrina comparada, em especial do Direito Italiano⁶⁶.

Importante destacar o trabalho de Adriano de Cupis, com profunda imersão nos direitos de personalidade em espécie, colocando à imagem como subtópico do *Diritto alla Riservatezza*, e o fato da legislação italiana já tratar, em 1942, expressamente sobre a imagem no art. 10 de seu Código Civil⁶⁷.

Em que pese a primazia da doutrina italiana para o direito pátrio, Pontes de Miranda⁶⁸ apresenta como o primeiro trabalho doutrinário do tema o *Das Recht am eigenem Bilde* de H. Keyssner, publicado em 1896.

As primeiras análises jurisprudenciais da matéria se deram no direito francês, desenvolvendo-se, em extensão interpretativa do artigo 1.382 do Código Civil francês de 1804⁶⁹, que previa a norma geral da responsabilidade civil, portanto, das decisões constantes da maior parte do século em que a imagem foi objeto de análise jurídica, em geral, não foi visualizada como um direito em si.

⁶⁶ Cf. FRANÇA, Rubens Limongi. *Direitos da Personalidade: Coordenadas Fundamentais*. In: **Coleção doutrinas essenciais: direito civil parte geral; vol. III. Pessoas e domicílio**. MENDES, Gilmar Ferreira (Org.). São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 658/659

⁶⁷ Art. 10. *Abuso dell'immagine altrui: Qualora l'immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei detti congiunti, l'autorità giudiziaria, su richiesta dell'interessato, può disporre che cessi l'abuso, salvo il risarcimento dei danni.*

⁶⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit. p. 54.

⁶⁹ Article 1.382. *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*

Affornalli⁷⁰, Festas⁷¹, Zulmar Fachin⁷² e Monteschio⁷³ apontam como o primeiro julgamento envolvendo a imagem (e não propriamente o direito decorrente) o caso da atriz francesa Rachel Félix, submetido ao Tribunal do Sena em 1858. No aspecto factual do referido, consta que foram tiradas fotos da ofendida em seu leito de morte, com o objetivo de serem publicadas por um tabloide parisiense, contudo, em oposição, o Tribunal do Sena decidiu que tal ato seria uma ofensa à atriz, uma vez que: “*nul ne peut, sans le consentement formel de la famille, reproduire et livrer à la publicité les traits d’une personne sur son lit de mort, quelle qu’ait été la célébrité de cette personne*”⁷⁴. Tal decisão já demonstra o que é adotado como regra geral para a prática de atos vinculados à imagem alheia: **a necessidade de consentimento** do “dono” da imagem.

Não obstante a citada decisão, o Tribunal não fundamentou qual direito estava sendo ofendido, apenas afirmando que este era absoluto. Alguns doutrinadores, em comentário, teriam sustentado que esta seria uma ofensa à propriedade que todo humano possuiria sobre si mesmo, conforme expõe Beverley-Smith, Ohly e Lucas-Schloetter⁷⁵.

Após a análise de outros casos durante o século XIX, a imagem começou a ser objeto de estudo doutrinário francês em 1913, com Henri Fougerol em “*La figure*

⁷⁰ AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. *Direito à própria imagem*. 5ª edição. Curitiba: Juruá, 2007. p.28.

⁷¹ FESTAS, David de Oliveira. Op. cit. p 28/29

⁷² FACHIN, Zulmar Antônio. Op. cit. p. 51

⁷³ MONTESCHIO, Horácio. Op. cit. p. 51

⁷⁴ ABRAVANEL-JOLLY, Sabine. Le droit à l’image de l’individu. Actuassurance - La Revue Numerique en Droit des Assurances. Publication n°15 Septembre 2010. Disponível em: <<http://actuassurance.free.fr/chroni018>> Acesso em: 16 out. 2018.

⁷⁵ BERVERLEY-SMITH, Huw. OHLY, Ansgar. LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Privacy, Property and Personality: Civil Law Perspectives on Commercial Appropriation*. Cambridge University Press. First published. 2005. p. 148.

*humaine et le droit*⁷⁶. Na França, legislação específica só surgiu em 1970, com a lei 70-643, alterando o artigo 9º do Code Civil⁷⁷ (ainda que, a imagem permanecesse como submissa à vida privada).

Outra disposição legislativa que guarda semelhança com as regras desenvolvidas sobre o tema no Brasil, é o artigo 79⁷⁸ do Código Civil português de 1967, assim como, sob a ótica doutrinária, segundo Barroso Silva⁷⁹, as lições de Capelo de Sousa e Oliveira Ascensão, acabam aplicando-se tanto ao ordenamento pátrio quanto ao português.

No judiciário brasileiro, Araújo⁸⁰, Chaves⁸¹ e Notaroberto Barbosa⁸² elencam como primeiro caso envolvendo a imagem o da atriz Zezé Leone. O referido foi julgado em 1923, pelo juiz Octávio Kelly da 2ª Vara Federal da seção do Distrito Federal, proferindo decisão em que se proibiu a exibição pública de filme em que as feições da

⁷⁶ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *A proteção da imagem e da vida privada na França*. In: Revista Brasileira de Direito Civil - v. 17 (2018)| Jul-Set 2018. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/index>> Acesso em: 23 set. 2018.

⁷⁷ Article 9. *Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé.*

⁷⁸ Artigo. 79. 1. O retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela; depois da morte da pessoa retratada, a autorização compete às pessoas designadas no nº 2 do artigo 71º, segundo a ordem nele indicada. 2. Não é necessário o consentimento da pessoa retratada quando assim o justifiquem a sua notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente. 3. O retrato não pode, porém, ser reproduzido, exposto ou lançado no comércio, se do facto resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decore da pessoa retratada.

⁷⁹ BARROSO SILVA, Andréa. Op cit. p. 286

⁸⁰ ARAÚJO, Luiz Alberto David de. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 52

⁸¹ CHAVES, Antonio. Ob, cit, p. 58.

⁸² NOTAROBERTO BARBOSA, Alvaro Antonio do Cabo. Op. cit., 1989. p.26.

envolvida foram captadas sem seu conhecimento, com o agravante da finalidade econômica da reprodução. Considerou-se como *ratio* da decisão, a necessidade de proteção da vontade da pessoa em face da clandestina “*divulgação de quaisquer fotografias de determinadas pessoas, cuja importância ou notoriedade se preste a despertar, por meio da renda ou exibição, uma exploração comercial, dado o interesse que tenha o público, em reconhecê-los e comentá-los*”.

O requisito da pessoa notória, apontado como justificativa ao interesse social pela imagem da ofendida, posteriormente foi adotado por doutrina e jurisprudência como critério de presunção da vontade ou, pelo menos, mitigação do valor desta, para registro das feições de atores e celebridades sob uma suposta defesa do direito de informar dos meios de comunicação (quando em colisão com o direito à imagem). Há uma presunção de que a celebridade retratada auferir benefício econômico por sua exposição, portanto, restringir a prática de atos sobre essa imagem, em tese, não atenderia nem a liberdade de informação, nem o desenvolvimento da personalidade do retratado famoso⁸³.

Atualmente tal parâmetro têm sofrido críticas e atenuações, principalmente em face de sua manutenção após o surgimento de legislação sobre o tema (que, por sua vez, também dá espaço para que a consideração da ‘pessoa notória’ seja mantida), conforme demonstram Monteschio⁸⁴: “*Cabe reiterar a posição já assumida, fundamentada na qual ousamos discordar de posição assumida pela doutrina pátria*

⁸³ Exemplos: Caso Globo x Marcos Pasquim (REsp 1082878/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJe 18/11/2008 - *A situação do recorrido é especial, pois se trata de pessoa pública, por isso os critérios para caracterizar violação da privacidade são distintos daqueles desenhados para uma pessoa cuja profissão não lhe expõe. Assim, o direito de informar sobre a vida íntima de uma pessoa pública é mais amplo, o que, contudo, não permite tolerar abusos.*); Caso Daniela Cicarelli x Youtube (TJSP; Apelação Cível 0120050-80.2008.8.26.0000; Relator (a): Enio Zuliani; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 23.VARA CÍVEL; Data do Julgamento: 12/06/2008; Data de Registro: 17/07/2008); Caso Isis Valverde x Playboy (REsp 1594865/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 18/08/2017) - *É que, em princípio, tem-se como presumido o consentimento das publicações voltadas ao interesse geral (fins didáticos, científicos, desportivos) que retratem pessoas famosas ou que exerçam alguma atividade pública; ou, ainda, retiradas em local público;*

⁸⁴ MONTESCHIO, Horácio. Op. cit. p. 113.

ao estabelecer uma certa margem de tolerância a violação do direito de imagem [...] em relação a pessoas públicas” e Schreiber⁸⁵:

“A expressão pessoa pública é empregada com o propósito de sugerir que o uso da imagem de celebridades dispensa autorização, simples fato de que vivem de sua exposição na mídia. [...] O fato de viverem da sua imagem na mídia só reforça a importância que a representação física assume em relação àquelas pessoas. Famosa ou não, qualquer pessoa tem o direito de proibir a circulação indesejada da sua representação exterior. Tal exigência somente pode ser afastada naquelas situações em que outros interesses de hierarquia constitucional [...] venham exigir, diante das concretas circunstâncias, proteção mais intensa que o direito à imagem”

Nestes mesmos termos, outro requisito recorrente de ponderação adotado por doutrina e jurisprudência, para balanço entre interesses constitucionais (eminentemente a liberdade de imprensa e expressão) é o do ‘lugar público’. Neste sentido, aponta Orlando Gomes:

“O retrato de uma pessoa não pode ser exposto ou reproduzido, sem o consentimento dela, salvo se assim o justifiquem a sua notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça [...] ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos ou de fatos de interesse público”⁸⁶.

Diversos julgados, posteriormente, retomaram tal critério⁸⁷.

⁸⁵ SCHREIBER, Anderson. Op. cit. p. 113/114

⁸⁶ GOMES, Orlando. Op. cit. p. 136

⁸⁷ Conforme Caso Maria Aparecida Almeida de Padilha x Zero Hora Editora Jornalística S.A (REsp 595.600/SC, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 18/03/2004, DJ 13/09/2004, p. 259) e, originalmente, no Caso Vera Alice Zimmerman x Editora Azul S.A (REsp 58.101/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 16/09/1997, DJ 09/03/1998): *“Não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem. Se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição*

Estes dois requisitos de mitigação ao direito à imagem foram consagrados no Enunciado 279 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal/2006:

A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações.

Contudo, o requisito do lugar público também vem sofrendo objeções pela própria jurisprudência⁸⁸ e críticas doutrinárias, neste sentido, também sustenta Schreiber⁸⁹ (em comentário ao REsp 595.600/SC):

realizada. Recurso especial não conhecido". Também em TJPR - TURMA RECURSAL ÚNICA - 20050002618-9 - Cascavel - Rel.: JEDERSON SUZIN - J. 08.07.2005: "Assim, tendo a matéria jornalística conteúdo unicamente informativo, sendo a fotografia tirada em local público, sem qualquer conotação vexatória, a ausência de dano moral é de ser reconhecida, logo, o voto que proponho é que seja reformada a sentença para o fim de afastar a condenação imposta à recorrente" (contudo, sem especificação do caso perante os sistema do TJPR). Os casos colacionados como exemplo da hipótese de 'pessoa notória', também aplicam-se ao lugar público, em geral.

⁸⁸ Conforme Matheus Teixeira da Silva x Zero Hora Editora Jornalística S.A (REsp 1449082/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 27/03/2017): "**O autor foi fotografado em parque público, em meio a manifestação popular de cunho político-ideológico, em que estava, inclusive, empunhando cartaz, o que denota sua vontade de ser visto publicamente a defender seus ideais, e, por conseguinte, afasta qualquer alegação de direito à intimidade ou à privacidade. Sua imagem nem representa o foco central da fotografia, que buscava apenas ilustrar que a marcha era composta por mulheres jovens que, segundo a própria legenda apresentada no periódico, protestavam "pelo direito de escolher o que vestir sem serem acusadas de estimular estupros", tendo a imagem do autor constado de forma meramente secundária e acidental.**" e Debora Mandarino Najhar x Editora Abril S/A e Walisbalde Santos (REsp 1243699/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 22/08/2016) : "Para o eg. Tribunal de origem, entretanto, a publicação da fotografia apenas retrata a Autora como **ela se apresentou na praia, em espontânea exposição ao público [...]** Porém, a recorrente, pessoa anônima, de vida privada comum, tem constitucionalmente assegurada suas intimidade e imagem, sem se submeter aos interesses comerciais dos recorridos. Como salientou a r. sentença, quando corretamente reconheceu a violação do direito à imagem da autora: (I) **não houve autorização prévia ou posterior da pessoa retratada para a divulgação da imagem;** (II) **a imagem exibida na publicação permite a individualização da promotora;** (III) a divulgação da imagem teve motivação econômica e conotação erótica, com utilização de legenda insinuativa e um tanto vulgar, com claro intuito de explorar os atributos físicos da autora, sempre sem autorização desta"

⁸⁹ SCHREIBER, Anderson. Op, cit. p. 112

“Claro que, ao participar da vida comunitária, qualquer pessoa se sujeita a ser retratada como parte integrante da realidade coletiva [...] O que se retrata aí, porém, é indiscutivelmente o fenômeno coletivo, do qual os retratados são meros componentes, não individualizados. Bastante diversa é a situação da mulher que, gozando seu momento de lazer nas mesmas areias de Ipanema, vem fotografada com zoom poderoso e vê seu corpo exibido, com impressionante detalhamento, nas páginas do jornal da manhã seguinte. O lugar é o mesmo: lugar público, não há dúvida. Isso, contudo, não tornará lícita a divulgação desautorizada da sua imagem, que, aqui, já não exprime mais a retratação de um fenômeno coletivo, mas expõe claramente a sua mais íntima individualidade”

Como alternativa, para a colisão de princípios envolvendo a informação e o direito à imagem, Schreiber propõe oito parâmetros diversos dos tradicionalmente trazidos por doutrina e jurisprudência, quatro levariam à mitigações ao direito personalíssimo e outros quatro ao exercício da liberdade de informação. Estes seriam, como óbice à liberdade de informação: (i) o grau de utilidade para o público do fato informado por meio da imagem; (ii) o grau de atualidade da imagem; (iii) o grau de necessidade da veiculação da imagem para informar o fato e (iv) o grau de preservação do contexto originário onde a imagem foi colhida. Por outro lado, quanto ao exercício do direito à imagem pela pessoa, seriam hipóteses de diminuição de abrangência: (i) o grau de consciência do retratado em relação à possibilidade de captação da sua imagem no contexto de onde foi extraída; (ii) o grau de identificação do retratado na imagem veiculada; (iii) a amplitude da exposição do retratado; e (iv) a natureza e o grau de repercussão do meio pelo qual se dá a divulgação da imagem.

Ainda que o presente artigo faça apenas uma compilação dos pontos mais importantes da face personalíssima do direito à imagem, para posteriormente apresentar os aspectos jurídicos de sua vertente patrimonial (verdadeiro objeto deste estudo), para fins de ponderação entre os direitos conflitantes adota-se os critérios do

professor da UERJ, uma vez que estabelecem análise mais minuciosa dos vetores envolvidos (e, portanto, preserva-os de modo mais adequado).

2.1.5. Autonomia do Direito à Imagem:

Demonstradas as regras apontadas por doutrina e jurisprudência pertinentes ao direito à imagem, nota-se que este direito, no ordenamento constitucional atual, deve possuir autonomia em face de outros direitos da personalidade.

Isto precisa ser constantemente reforçado, uma vez que os atos de “ofensa à imagem” também podem ter reflexos quanto à honra, à intimidade e outros direitos da personalidade, o que torna comum que o estudo ou aplicação do direito à imagem pelo judiciário acabe sendo submetido a critérios e elementos que lhe são alheios, tratando-se de uma imprecisão técnica.

De acordo com Notaroberto Barbosa⁹⁰, quando fala-se em autonomia do direito, está a propor a existência de um conjunto de regras próprias, o que Araújo afirma ser o caso do direito à imagem⁹¹, porém, segundo este autor, a autonomia está mais vinculada com a desnecessidade de uma ofensa à honra, à intimidade ou qualquer outro direito da personalidade para caracterizar violação ao direito à imagem.

Apesar da literalidade do inciso V do artigo 5º da Constituição, a própria sustentação de uma “ofensa à imagem” é imprópria, pois sendo a imagem apenas caracteres físicos de um sujeito (englobando a voz e movimentos dinâmicos

⁹⁰ NOTAROBERTO BARBOSA, Alvaro Antonio do Cabo. Op. cit. p. 29

⁹¹ ARAÚJO, Luiz Alberto David de. Op. cit. p. 22

característicos), logicamente, possuirá manifestação objetiva, de forma que não está submetida ao juízo de valor de atos prejudiciais ou benéficos.

Em que pese o reconhecimento da autonomia seja, segundo Barroso Silva⁹², polêmico no direito português⁹³, italiano⁹⁴ e espanhol⁹⁵, no direito brasileiro já é amplamente aceito, ainda que a jurisprudência e doutrina acabem cometendo eventuais deslizes (como ocorre quanto ao estabelecimento da imagem-atributo ou no julgamento do Resp 595.600/SC do STJ⁹⁶).

O primeiro caso, em corte superior, que houve o reconhecimento desta característica é o Recurso Especial 46.420/SP de 1994, relatado pelo ministro do STJ Ruy Rosado Aguiar, relativo ao álbum de figurinhas “Herós do Tri”, meio que continha as publicações das imagens de diversos jogadores campeões com a seleção brasileira na Copa do Mundo de 1970. Neste oportunidade, decidiu o nobre julgador:

“Deixando de lado as teorias que procuram de algum modo vincular o direito à imagem a algum outro direito de natureza personalíssimo,

⁹² BARROSO SILVA, Andrea. Op. cit. p 290.

⁹³ Particularmente neste ponto, retorna-se à crítica da existência da imagem-atributo. Monteschio (Ob. cit. p. 16/17) afirma que esta vertente não é adotada pela doutrina portuguesa, uma vez que no país também não haveria o reconhecimento da imagem como autônoma, porém, tal afirmação é falsa. Festas (Ob. cit. p. 79) afirma que o código civil português, no artigo 79, reservou conteúdo próprio ao direito à imagem, para fins da proteção da autodeterminação da pessoa suas características, assim como, segundo Silva, citando Cláudia Trabuco, o Tribunal da Relação de Lisboa teria, em 1989, reconhecido a distinção entre o direito à intimidade e à imagem.

⁹⁴ Conforme afirmado anteriormente, De Cupis posiciona o direito à imagem dentro do diritto alla riservatezza

⁹⁵ HERCE DE LA PRADA, Vicente. Op. cit. p. 27 em “Los autores están, generalmente de acuerdo, en conceder existencia autónoma al derecho a la propia imagen frente a otros derecho de la personalidad de tipo moral. Sin embargo, hay autores que no reconocen autonomía al derecho a la intimidad y, por tanto, niegan que el derecho a la propia imagen, aun con características peculiares, se encuentra en el ámbito genérico del derecho a la intimidad”

⁹⁶ Caso em que um jornal de Santa Catarina publicou, sem consentimento, as fotos de uma mulher fazendo topless em uma praia. Decidiu-se em favor do jornal, sob o fundamento de “A imagem das pessoas constitui uma forma do direito à intimidade. Quem quer preservar sua honra e sua intimidade não expõe os seios para deleite da multidão”.

como à intimidade, à honra, à privacidade, etc., a doutrina brasileira e a jurisprudência que lentamente se afirma nos tribunais é no sentido de atribuir-lhe caráter de um direito autônomo, incidente sobre um objeto específico, cuja disponibilidade é inteira do seu titular e cuja violação se concretiza com o simples uso não consentido ou autorizado, com as exceções referidas pelos doutrinadores [...]”

Posteriormente o entendimento da autonomia jurídica da imagem foi fixada na súmula 403 do STJ de 2009⁹⁷, assim como foi reconhecido no enunciado 587 da VII Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal⁹⁸, inclusive como forma de retificação do artigo 20 do Código Civil, que acaba submetendo a defesa da imagem à configuração de ofensa “a honra, a boa fama ou a respeitabilidade”.

Ainda que os termos do enunciado 587 tratem da idéia de dano ou lesão à imagem, reitera-se que o mesmo é impróprio. O que de fato existe é uma lesão à personalidade, decorrente da ofensa à autodeterminação sobre às características físicas (estáticas ou dinâmicas) ou à voz, pela ausência de consentimento do titular do direito à imagem em dispor de alguma das faculdades que lhe são garantidas em razão deste (captar, armazenar, modificar, reproduzir, veicular, transferir, divulgar, publicar, utilizar e dispor), o que não impediu que o ofensor as execute-se.

Sendo assim, caracteriza-se uma ofensa ao direito à imagem, não à imagem, justamente pelo caráter autônomo deste.

⁹⁷ SÚMULA N. 403-STJ. Indepe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, em 28/10/2009.

⁹⁸ O dano à imagem restará configurado quando presente a utilização indevida desse bem jurídico, independentemente da concomitante lesão a outro direito da personalidade, sendo dispensável a prova do prejuízo do lesado ou do lucro do ofensor para a caracterização do referido dano, por se tratar de modalidade de dano in re ipsa.

2.1.6. Características do Direito à Imagem

O Direito à Imagem possui todas as características dos demais direitos da personalidade, contudo, destaca-se por seu aspecto de patrimonialidade ou disponibilidade, conforme sustenta Bittar:

“Reveste-se de todas as características comuns aos direitos da personalidade. Destaca-se, no entanto, dos demais, pelo aspecto da disponibilidade, que, com respeito a esse direito, assume dimensões de relevo, em função da prática consagrada de uso de imagem humana em publicidade, para efeito de divulgação de entidades, de produtos ou de serviços postos à disposição do público consumidor”⁹⁹

Para Tepedino¹⁰⁰, as características dos Direitos da Personalidade são a generalidade, em razão de serem concedidos à todas as pessoas; a indisponibilidade, ou seja, o impedimento ao desfazer-se completamente deste direito, da qual decorre a irrenunciabilidade (disponibilidade em razão da vontade do titular) e a impenhorabilidade (conversão em mera representação material); a imprescritibilidade, uma vez que ofensa à personalidade não convalesce com o passar do tempo, ainda que o faça a pretensão indenizatória; a intransmissibilidade, consistente no fim do direito da personalidade após a morte de seu titular e o caráter absoluto¹⁰¹, no sentido

⁹⁹ BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit. p. 87

¹⁰⁰ TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. p.10. Disponível:<https://www.academia.edu/31740015/A_tutela_da_personalidade_no_ordenamento_civil-constitucional_brasileiro> acesso em: 02 nov. 2018.

¹⁰¹ Ressalta-se que o caráter absoluto NÃO significa que este prevalecerá sobre todos os demais direitos, conforme já demonstrado quanto à relação com a liberdade de informação e expressão. Quando confrontado com valores fundamentais do direito ou outras manifestações da personalidade, deverá haver a ponderação de interesses, pela análise de critérios objetivos (quando possível).

de que o respeito a este tipo de direito deve ser observado por toda a coletividade, em oponibilidade *erga omnes*.

Separado de todas estas, em razão de tratar-se de imagem, é importante indicar a extrapatrimonialidade, consistente na impossibilidade de avaliação econômica do direito, e tecer comentários mais específicos quanto à indisponibilidade.

Nenhuma das características apresentadas têm, necessariamente, reconhecimento pacífico, por exemplo, o próprio Tepedino afirma que a intransmissibilidade não decorre em óbice aos sucessores para exercer atos com fins da defesa da personalidade do *de cuius*, porém, no direito à imagem, conforme apontado, a extrapatrimonialidade e a indisponibilidade são, em partes, mitigadas.

Cumpra papel importante apontar que Capelo de Souza¹⁰² inclui entre as características dos direitos da personalidade a indisponibilidade com limitações (não a mera indisponibilidade), ou seja, é possível dispor, porém, de forma bem restrita.

Tal interpretação foi adotada pelo enunciado 4 da IV Jornada de Direito Civil da Conselho da Justiça Federal, mediante a referência que “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”

Em consideração especial ao direito à imagem, Oliveira Ascensão¹⁰³, afirma que não há qualquer repercussão ética na disponibilidade ou não da imagem, de forma que sequer haveria óbice para esta seja objeto de negociação.

¹⁰² SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. Op. cit. p. 408/410

¹⁰³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil - Teoria Geral - Vol. 1 - Introdução. As Pessoas. Os Bens*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 83.

O mesmo entendimento tem Bittar quando, logo no início de sua análise sobre o direito à imagem destaca o aspecto da disponibilidade e sua utilização para fins publicitários.¹⁰⁴

Herce de La Prada é bem claro quando refere que este poder de disposição não se confunde com a cessão do direito à imagem, uma vez que *“Lógicamente no se trata de cesión del derecho a la imagen sino de utilización del uso de la facultad de aprovechamiento englobada dentro del contenido genérico a que se contrae el derecho subjetivo en estudio”*¹⁰⁵.

Concorda-se com as referidas posições, porém, adotando um caráter mais restritivo, pois não é o direito à imagem que será colocado em disponibilidade, mas sim os poderes decorrentes deste (captar, armazenar, modificar, reproduzir, veicular, transferir, divulgar, publicar, utilizar e dispor), também de forma não permanente (inclusive, com duração determinada) e não geral (com a manutenção constante da possibilidade de revogação da disposição) ou, ainda melhor, de forma a respeitar os vetores de autolimitação propostos por Schreiber, consistentes no alcance, na duração, na intensidade e na finalidade da disposição¹⁰⁶.

Essa disposição poderá ser gratuita ou onerosa (a onerosidade não necessariamente precisa ser direta como, por exemplo, ocorre no acréscimo de *networth* ou valor de mercado), aqui já entrando no aspecto da extrapatrimonialidade.

Aponta David de Oliveira Festas que, como o direito à imagem protege interesses pessoais e patrimoniais, ele possuirá um duplo aspecto (aspecto personalíssimo e patrimonial)¹⁰⁷, também chamado de natureza mista, logo, não há

¹⁰⁴ BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit. p. 87.

¹⁰⁵ HERCE DE LA PRADA, Vicente. Op. cit. p. 44

¹⁰⁶ SCHREIBER, Anderson. Op. cit. p.29.

¹⁰⁷ FESTAS, David de. Op. cit. p. 58

porque indicar a extrapatrimonialidade como uma das características do direito à imagem.

O potencial patrimonial é amplamente admitido pela doutrina, como o fazem Antônio Chaves em *“nos primórdios da arte fotográfica era possível que alguém se deixasse impressionar pela argumentação de alguns espíritos mais retrógrados, que não admitiam fosse tirado proveito pecuniário da divulgação da sua imagem com finalidades comerciais, ninguém, hoje em dia, considera essa possibilidade com estranheza”*¹⁰⁸ e Notaroberto Barbosa¹⁰⁹ em *“como já visto anteriormente, informação é mercadoria e portanto a difusão da imagem de alguma pessoa famosa em jornal, revista ou televisão é feita visando não só informar, mas também almejando o lucro por parte do meio de comunicação”*.

Neste momento, portanto, adentra-se no tema efetivo do artigo, que é o aspecto patrimonial do Direito à Imagem.

2.2. Aspecto patrimonial do Direito à Imagem

2.2.1. Tipos e sistemas de disposição decorrentes do Direito à Imagem

Conforme anteriormente apontado, a disposição de poderes decorrentes da titularidade do direito à imagem pode se dar de forma gratuita ou onerosa. Porém, independentemente da existência ou não de contrapartida financeira, já vai estar tratando-se de patrimonialidade, isto porque a característica da disponibilidade (típica

¹⁰⁸ CHAVES, Antônio. Op. cit. p. 70

¹⁰⁹ NOTAROBERTO BARBOSA, Alvaro Antônio do Cabo. Op. cit. p. 82/83

de direitos patrimoniais) já toma forma. Além disso, essa ausência de retorno econômico normalmente é apenas aparente, com o benefício desta natureza podendo ser auferido de forma indireta.

Isso fica claro na classificação de Herce de La Prada¹¹⁰ quanto às formas de disposição do exercício do direito à imagem:

*“La publicacion, exposicion y reproduccion de la imagen puede ser hecha mediante otra persona, si para ello ha obtenido el consentimiento del retratado. El sujeto del derecho a la imagen puede consentir aquéllos actos de divulgación, que sin su autorización serían lesivos. [...] La autorización del retratado puede adoptar así dos formas principales, a saber: **Primera - Cuando la autorización del efigiado tiene como objeto principal - frecuentemente único - la utilización directa de la imagen. Segunda. - Cuando la utilización de la imagen sea consecuencia de la prestación de un contrato principal.**”*

Portanto, quando se fala em uma disposição do tipo primeiro ou primário, refere-se à contrapartida econômica fornecida diretamente pela autorização para alguma das faculdades da imagem (que Herce de La Prada engloba apenas sobre o termo ‘utilización’).

Contudo, essa avaliação econômica também pode surgir após a disposição dos poderes pelo titular a um terceiro, para que este último dê caráter patrimonial ao direito, como nas hipóteses de participação em lucros de empresa que usa determinada imagem em campanhas publicitárias; no próprio contrato de trabalho; no

¹¹⁰ HERCE DE LA PRADA, Vicente. Op. cit. 44

crescimento do valor de mercado do retratado¹¹¹ ou, até mesmo, por se tornar mais um dado, em determinado banco de dados, como ocorre no caso das redes sociais¹¹². Este reflexo, segundo o professor espanhol, podemos chamar de segundo ou secundário.

O caso das redes sociais, inclusive, demonstra a possibilidade da contraprestação ao titular de natureza econômica indireta, exemplo disso é o acesso aos serviços desta rede de forma “*gratuita*”¹¹³.

Orlando Gomes¹¹⁴ defende que todo aspecto econômico é apenas aparente, pois os direitos da personalidade “*não são suscetíveis de avaliação pecuniária, embora possam alguns constituir objeto de negócio jurídico patrimonial*”, porém, conforme já demonstrado, autores como Festas apontam que, pelo menos quanto ao direito à imagem, a extrapatrimonialidade não é uma característica adequada¹¹⁵. Unindo as duas lógicas, nota-se que a disponibilidade ou cessão (ainda que limitada) torna-se elemento do aspecto patrimonial.

O autor português¹¹⁶ defende tal idéia a partir do que apresenta como dois diversos sistemas legais da potencial atribuição econômica e dispositiva aos direitos

¹¹¹ Conforme relatório de avaliação de Neymar, pós-copa, realizado pela Pluri Consultoria. Disponível em: <<http://www.pluriconsultoria.com.br/wp-content/uploads/2018/07/valuation-Neymarjr-0718.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

¹¹² Conforme “escândalo” da Cambridge Analítica. MARTÍ, Silas. Entenda o escândalo do uso de dados do Facebook. Folha de São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/03/entenda-o-escandalo-do-uso-de-dados-do-facebook.shtml>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

¹¹³ Conforme o Portal Terra em: Se é de graça como o Facebook ganha dinheiro? Descubra. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/tecnologia/negocios-e-ti/se-e-de-graca-como-o-facebook-ganha-dinheiro-descubra,da585295fb6ea310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>. Acesso em: 12 nov. 2018.

¹¹⁴ GOMES, Orlando. Op. cit. p. 132

¹¹⁵ FESTAS, David de. Op. cit. p. 58

¹¹⁶ FESTAS, David de. Op. cit. p. 166 e p. 401

da personalidade, o sistema dualista, aplicado de forma majoritária em países da *common law*, que divide-se entre *right of publicity* e *right of privacy*; e o sistema monista, próprio de países da *civil law*, em que não há separação entre o aspecto patrimonial e pessoal dos direitos da personalidade, de forma que são indissociáveis.

Quanto ao *right of privacy* e *right of publicity*, proveniente do sistema dualista, BERVERLEY-SMITH, OHLY e LUCAS-SCHLOETTER¹¹⁷ explicam as seguintes diferenças:

“In the United States the right of publicity allows a person, usually (though not necessarily) a celebrity, to control the commercial exploitation of his name, voice, likeness or other indicia of personality. Liability is based not on misrepresentation leading to consumer confusion or deception, but on the misappropriation of commercial value of a person’s identity [...]”

The right to privacy gave legal expression to the rather nebulous principle of ‘inviolate personality’ and secured a person’s right ‘to be let alone’. This provided legal protection for dignitary interests which had previously fallen outside other legal and equitable causes of action such as defamation, trespass, and breach of confidence. The emphasis lay on separating privacy from causes of action protecting interests of an essentially proprietary nature. However, from a relatively early period in its development it became clear that the right of privacy could be used to secure what were essentially economic rather than dignitary interests in preventing unauthorised commercial exploitation of a person’s valuable attributes in names and likeness. The right of privacy eventually developed into a separate right of publicity, which may now regard as better placed among the unfair competition torts, protecting intellectual property. It’s proprietary characteristics can be seen in the fact that it is transferable, licensable and, in many states, descendible. [...] It is often difficult to draw a clear distinction between, on the one hand, the purely economic interests of celebrities protected by a right of publicity and, on the other hand, the purely dignitary interests of other, protected by a right of privacy”

Por outro lado, nos ordenamentos brasileiro e português, segundo Andrea Barroso Silva¹¹⁸ e o próprio David de Oliveira Festas, não há reconhecimento de uma

¹¹⁷ BERVERLEY-SMITH, Huw. OHLY, Ansgar. LUCAS-SCHLOETTER, Agnés. Op. cit. p. 7 e 9/10

¹¹⁸ BARROSO SILVA, Andrea. Op. cit. 292

autonomia entre os aspectos patrimoniais ou pessoais do direito à imagem, de forma que este direito é “*intransmissível e limitadamente disponível por ter uma conexão intrínseca com a pessoa*”. Sendo assim, toda consideração de natureza disponível e patrimonial deverá, antes, observar o respeito ao desenvolvimento da personalidade em seu viés existencial.

Considerando a adoção do sistema monista e a aceção geral da doutrina de que manifestações da imagem podem ser objeto de negócio jurídico, deve se analisar como a vontade de disposição deste direito, por parte de seu titular, deve prevalecer para que produza efeitos e atenda os interesses dos contratantes.

2.2.2. O negócio jurídico “de” Direito à Imagem

Negócio jurídico é toda vontade manifestada¹¹⁹, destinada à produção de efeitos jurídicos correspondentes ao intento prático do declarante, se reconhecido e garantido pela lei, possuindo como base a autonomia privada, tanto para formação de relação jurídica quanto ao estabelecer poderes que desta decorrem¹²⁰. No caso do direito à imagem, esta vontade encontra-se como **autorizante**¹²¹ ou **consentidora**, em razão da prevalência dada à vontade do titular do direito da personalidade.

¹¹⁹ Adotando-se a teoria voluntarista, em razão do que posteriormente será demonstrado como consentimento tácito, valendo-se, portanto, do comportamento dos indivíduos.

¹²⁰ GOMES, Orlando. Op. cit. p. 238/240

¹²¹ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. Op. cit. p. 411.

A doutrina separa a análise do negócio jurídico em três planos: pressupostos de existência, requisitos de validade e condições de eficácia, usualmente atribuindo essa separação à Pontes de Miranda.¹²²

2.2.2.1 O plano da existência

Os pressupostos do plano da existência, de acordo com Azevedo, são aqueles elementos essenciais à constituição do negócio jurídico¹²³, nisso encontram-se a **forma**, correspondente em como é manifestada a vontade; o **objeto**, ou seja, aquilo que interessa às partes para que constituem o negócio jurídico; a **causa**, consistente na análise desse interesse como dignos de tutela jurídica¹²⁴ e a **vontade declarada pelos agentes**.¹²⁵

A causa, no presente caso, consiste na realização de interesses patrimoniais (ainda que o agente contratante do direito à imagem tenha seus interesses bem mais restritos, em razão da defesa de aspectos pessoais da parte que cede a manifestação da imagem) e o objeto contratual é o exercício dos poderes de **captar, armazenar, modificar, reproduzir, veicular, transferir, divulgar, publicar e utilizar** a imagem de uma pessoa, assim como **dispor/ceder, limitadamente**, destes mesmos poderes.

¹²² TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. In; Revista Brasileira - v.1| Jul-Set 2014. p.25/26

¹²³ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.33.

¹²⁴ GOMES, Orlando. Op. cit. p. 333. Ainda assim, o requisito de causa é extremamente criticado por uma corrente objetivista do direito civil.

¹²⁵ TEPEDINO, Gustavo. Op. cit. p.25/26

O grande tema referente a disposição de faculdades decorrentes do direito à imagem, no plano da existência, é a declaração de vontade; consubstanciada na regra geral do **consentimento**, que é indispensável. Justamente nesse sentido, sustenta Andrea Barroso Silva:

*”elemento essencial desse tipo de negócio jurídico é o consentimento do titular, este não pode ser geral, pois equivale à transmissão e renúncia do direito à imagem [...] entende-se que, em ambos os ordenamentos jurídicos, é legalmente possível a realização de contratos cujo objeto seja a exploração econômica do direito à imagem, desde que haja o consentimento válido do titular, que poderá ser expresso ou tácito, mas deve corresponder efetivamente a uma vontade livre e esclarecida deste, e pode surgir num negócio jurídico unilateral ou num contrato, oneroso ou gratuito”*¹²⁶

Orlando Gomes, também quanto ao consentimento, de forma mais ampla, afirma que:

*“A declaração de vontade da pessoa é pressuposto de todo negócio jurídico. Nos contratos, toma o nome de consentimento ou consenso consciente [...] implica duas declarações de vontade, que se encontram; in idem placitum consensus. [...] Será preciso, então, que a conveniência recíproca determina o entrosamento das duas declarações de vontade”*¹²⁷

No caso do direito em análise, é possível abstrair dois tipos de manifestação da vontade: a **expressa**, dada por escrito, mais recomendável em razão das

¹²⁶ BARROSO SILVA, Andrea. Op. cit. p. 294/295

¹²⁷ GOMES, Orlando. Op. cit. p. 325

limitações à disposição e da natureza do direito¹²⁸, e a manifestação **tácita**, executada inclusive por meio de ações¹²⁹. Quanto a autorização tácita, Schreiber expõe que:

*“há casos em que, embora não se tenha o consentimento expresso do retratado, uma autorização tácita pode ser identificada. O político que discursa em um comício ou a atriz que posa para fotos na saída de um espetáculo consentem, por meio do seu comportamento, com a divulgação daquela imagem, sem que se possa vislumbrar violação pela mera ausência de autorização escrita”*¹³⁰

O autor ainda deixa claro que existem diversos limites a tal autorização, pois *“Daí se pode extrair uma autorização tácita para a captação e veiculação da imagem da atriz, mas nos limites das suas expectativas [...] Não se pode presumir que aquela imagem específica fora objeto de sua autorização tácita”*¹³¹.

Contudo, considerando o entendimento expresso no presente artigo de que o objeto contratual é, na realidade, uma cessão de poderes, há uma grande dificuldade em listar quais poderes serão disponibilizados tacitamente.

A faculdade inicial, decorrente do direito à imagem, é a **captação**, sendo assim, a conclusão de quais serão os outros poderes cedidos, deverá basear-se em face do (a) exercício econômico habitual do agente captador e a (b) situação, temporal e

¹²⁸ GLITZ, Frederico. TOAZZA, Gabriele Bortolan. *O contrato para disposição da imagem na perspectiva dos direitos da personalidade*. In: Revista Justiça do Direito - v. 31, n.2. | maio/ago de 2017. p. 372/373.

¹²⁹ A lei espanhola 1 de 82, em seu artigo 3, item 2, consagra a necessidade de consentimento expresso para valer-se da potencial disponibilidade de reflexo do direito à imagem, conforme: 2. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el juez.

¹³⁰ SCHREIBER, Anderson. Op. cit. p. 106

¹³¹ SCHREIBER, Anderson. Op. cit. p. 120

espacial, em que se deu a captação¹³². Corroboram a primazia do momento da captação GLITZ e TOAZZA¹³³, quando afirmam: “*A autorização para o uso da imagem, independentemente de ser escrita ou tácita, é de interpretação restritiva, assim o retrato só poderá ser veiculado na publicação relacionada ao momento da sua captação*”.

Existem também casos raros de dispensa de autorização (ou seja, de dispensa da própria vontade do agente), mas não por se tratar de negócio jurídico e, sim, da prevalência de outros interesses constitucionais em face do direito à imagem, o que acontece especialmente quanto à **liberdade de informação e expressão** (já foi demonstrada a referida arguição no item “desenvolvimento do direito à imagem”).

Referida que a manifestação de vontade pode ser tanto expressa quanto tácita, realizada inclusive por atos, nota-se que o importante é que esta seja, de algum modo, perceptível, para que seja possível demonstrar sua existência, sendo suficiente (por ora) para o cumprimento do critério da **forma**.

A conclusão é que a declaração de vontade, identificada como autorização ou licença, é fundamental para os demais critérios do negócio jurídico.

2.2.2.2. Do plano da validade

Nisso já é possível a introdução ao plano de validade, isto porque o artigo 104 do Código Civil¹³⁴ realiza uma especialização dos critérios apontados no plano da existência.

¹³² A autorização para o uso da imagem, independentemente de ser escrita ou tácita, é de interpretação restritiva, assim o retrato só poderá ser veiculado na publicação relacionada ao momento da sua captação

¹³³ GLITZ, Frederico. TOAZZA, Gabriele Bortolan. Op. cit. p. 373.

¹³⁴ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Um desses elementos específicos é a forma prescrita ou não defesa em lei, o que foi demonstrado no item anterior como inexistente, uma vez que admitido o consentimento tácita. Portanto, basta que seja possível a percepção da manifestação de vontade, porém, por sua vez, esta será limitada por suas próprias restrições em razão do tipo de negócio jurídico praticado.

Os demais elementos são o objeto lícito, possível e determinado e a capacidade dos agentes.

Quanto este último, tem-se admitido como válida a declaração de vontade (ou autorização) dada por curadores e tutores como representação da vontade do menor incapaz, conforme regra geral para exercício de direito, sendo prática corrente a disposição de poderes em benefício de escolas e instituições de ensino para a captura e publicação de imagens de menores, assim como a utilização para fins publicitários¹³⁵.

Contudo, de forma inversa, após a ascensão das redes sociais, o próprio incapaz acaba dispondo de algumas de suas faculdades referentes à imagem, sem que haja grande controle da parte contrária (a empresa que controla a rede social) ou dos legalmente responsáveis pelo menor. Ainda assim, em tese, a manifestação de vontade deste indivíduo está sujeita à nulidade, com o agravante de tratar-se de um direito da personalidade, o que decorre na proteção *erga omnes*¹³⁶.

¹³⁵ TJGO, APELACAO CIVEL 134304-97.2013.8.09.0051, Rel. DES. ALAN S. DE SENA CONCEICAO, 5A CAMARA CIVEL, julgado em 13/11/2014, DJe 1676 de 24/11/2014 em que “**a veiculação de imagem de ex-aluna desprovida de autorização, com fins econômicos (angariar novos alunos), configura ilícito civil hábil a provocar dano moral por violação ao direito personalíssimo à imagem**” e 0149760-56.2015.8.06.0001 da 17ª Vara Cível de Fortaleza em que “*Houve no caso dos autos clara violação ao direito à imagem da autora (artigo 5º, inciso X). Na época dos fatos a autora, era adolescente e menor de idade. Não houve autorização de seus pais para que fosse publicada a foto, uma vez que o contrato educacional já se encontrava extinto*”, Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/noticias/colégio-deve-pagar-r-10-mil-por-divulgar-foto-de-aluna-sem-autorizacao/>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

¹³⁶ Conforme nota-se das *guidelines* de proteção aos menores pelo facebook. Estas acabam justificando-se muito mais como ferramentas de educação, do que efetivamente óbices a disposição

Além disso, as redes sociais possuem finalidade econômica latente, com a exposição de publicidade à partir da recomendação de conteúdo por informações pessoais¹³⁷. Em que pese a prática, existem esforços legais que visam vedar o comércio de informações pessoais por estas empresas¹³⁸.

Contudo, o professor espanhol Herce de La Prada refere-se que admitir um poder de disposição proveniente diretamente da vontade do menor seria inválido, pois “*no puede dejarse a la voluntad de los menores en pleno abandono legal respecto a materias personales, de las que puedan derivar graves consecuencias*”.¹³⁹

Também fora do ordenamento jurídico pátrio, e especialmente quanto ao aspecto patrimonial, é interessantíssima a referência ao caso Proactive vs. Stoneygate (empresa que controlava a disposição de poderes da imagem do jogador de futebol Wayne Rooney).

O caso foi julgado em 2012 pela *Court of Appeal* do Reino Unido, fixando, entre outros entendimentos, que apesar do acompanhamento dos pais na assinatura do contrato de disposição de aspectos da imagem do jogador de, à época, quinze anos, deste instrumento decorreram prejuízos ao titular (Wayne Rooney) pela violação à uma *restraint of trade*¹⁴⁰, uma vez que:

por parte desses menores. Disponível em: <<https://www.facebook.com/help/473865172623776>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

¹³⁷ Valendo-se reiterar a referência da nota de rodapé 106.

¹³⁸ Cf. artigo 10 e outros dispositivos do Marco Civil da Internet (Lei 12.965 de 2014): Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

¹³⁹ HERCE DE LA PRADA, Vicente. Op. cit. p. 51.

¹⁴⁰ “The principle renders a contractual term purporting to restrict an individual's freedom to work for others or carry out his trade or business (a restrictive covenant) void unless it is designed to protect legitimate business interests and no wider than reasonably necessary”. Disponível em: <

“the agreement between Wayne Rooney’s image rights company and Proactive was an unreasonable restraint of trade.were not the product of a negotiation between “equals” (relevant issues included the fact he was 17 and did not receive legal advice). It did not matter that the exploitation of Rooney’s image rights was not his primary trade and the fact that Rooney was still making a significant amount of money from the deals sourced by Proactive did not override the fact that the terms of the deal were one-sided and oppressive.” ¹⁴¹

No caso, portanto, em que pese a manifestação de vontade pelo relativamente incapaz, com assistência de seus pais, ainda assim gerou-se uma invalidade contratual. Nota-se que há um grande descompasso entre decisões judiciais, doutrina e práticas do mercado, uma vez que poucos casos são suscitados em juízo e, especialmente nos casos de jogadores de futebol, é cada vez mais comum a disposição de seus direitos para fomentação de marketing, em idades em que ainda estaria constituído o regime de incapacidades¹⁴².

Por fim, quanto ao objeto lícito e possível, nota-se que a definição do objeto contratual nas faculdades decorrentes do direito à imagem já cumpre o requisito, pois não há ilicitude imposta pelo direito (conforme já demonstrada nos demais tópicos) e o exercício destes por terceiros é possível.

[https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/92003455?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/92003455?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1)>. Acesso em: 12 nov. 2018.

¹⁴¹ Harbottle & Lewis. Rooney vs Proactive: Some Important Lessons for Image Rights Deals. Disponível em: <<https://www.harbottle.com/news/rooney-vs-proactive-some-important-lessons-for-image-rights-deals/>>. Acesso em: 10 nov. 2018

¹⁴² Conforme acordo Rodrygo Goes e TCL. TCL eleva status de Rodrygo em campanha no Brasil. Disponível em: <https://maquinadoesporte.uol.com.br/artigo/tcl-eleva-status-de-rodrygo-em-campanha-no-brasil_35644.html>. Acesso em: 12 nov. 2018.

Porém, há uma particularidade quanto a determinação do objeto contratual. Ascensão, quando expõe sobre as restrições negociais aos direitos da personalidade, afirma que estas devem estar precisamente demarcadas quanto ao i) âmbito que são admissíveis (onde incidem); ii) à legitimação para autorização caso a pessoa seja falecida; iii) a revogabilidade unilateral e iv) ao dever de indenizar pelos prejuízos causados com a revogação¹⁴³. Enquanto o requisito “ii” corresponde à legitimidade do agente e depende de caso concreto, os demais constituem óbice específico ao **objeto** e, portanto, **impõe obstáculo de ordem da validade**.

Como se verá logo em seguida, no plano da eficácia, é comum referências por doutrina e jurisprudência à vigência contratual como limite à disposição de direitos da personalidade, contudo, este ponto não trata do objeto em si.

Isso porque, volta-se a afirmar que o objeto do negócio jurídico são as faculdades provenientes da titularidade do direito à imagem. Estas sim, deverão ser demarcadas perante o negócio jurídico para que este tenha validade, caso contrário, será nulo (tendo em vista o aspecto de direito absoluto e *erga omnes*, insuscetível de convalescer). Isto é reforçado porque a não especificação de poderes que serão dispostos acaba por considerar todos, ilimitadamente, e, conseqüentemente, esvaziar o direito à imagem.

Necessário também apontar que a **finalidade contratual e os meios de fixação** escolhidos apresentam-se como complementariedade aos poderes de, respectivamente, utilização e reprodução/publicação/divulgação (ou todos os demais, no caso do meio, tendo em vista a necessidade de fixação da imagem para vinculação econômica), portanto, também fazem parte do critério de validade. A referência a “*todos os fins*” ou “*quaisquer meios*” não é válida, em face de sua abrangência incompatível com o objeto contratual.

¹⁴³ ASCENSÃO, José Oliveira de. *Os direitos de personalidade no Código Civil brasileiro*. Belo Horizonte, 1997. p. 19. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

É claro que seria possível ao contratante afirmar, especificando, que o objeto são as faculdades de captar, armazenar, modificar, reproduzir, veicular, transferir, divulgar, publicar e utilizar a imagem, assim como a de dispor dessas faculdades, uma por uma. Contudo, é justamente a faculdade de disposição cedida que sempre será mais limitada ao terceiro do que ao próprio sujeito de direito. A razão disso é que ela garante a possibilidade de novas disposições; o exercício dos poderes pelo próprio titular, assim como e, principalmente, a revogação da autorização dada de forma unilateral.

A partir desse ponto, surgem duas questões polêmicas, a da exclusividade e da revogação unilateral, conforme prevê Ascensão nos pontos iii e iv anteriormente apontados.

Quanto a revogação unilateral, no ordenamento jurídico português há previsão legal expressa no artigo 81º, 2º do Código Civil¹⁴⁴, contudo, tal tema é polêmico na doutrina do país, com diversos autores sustentando que só seria possível romper o vínculo na hipótese de visar a proteção de outro direito da personalidade.

De acordo com Andrea Barroso Silva, apesar da polêmica no direito português, tal disposição também teria aplicação perante o ordenamento jurídico brasileiro, em razão da adoção da teoria monista sobre os reflexos patrimoniais da personalidade¹⁴⁵ pelos dois países; sendo claramente pertinente, uma vez que preserva a autodeterminação do titular do direito.

Como forma de garantia ao outro contratante, haveria possibilidade de fixação ou manutenção de cláusula indenizatória, fundamentada na resolução contratual pelo inadimplemento, logo, em tese, não haveria prejuízo patrimonial ao contratante, com os reflexos de segurança jurídica sendo minimizados.

¹⁴⁴ 2. A limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indenizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte

¹⁴⁵ BARROSO SILVA, Andrea. Op. cit. p. 293 e 297.

GLITZ e TOAZZA¹⁴⁶ apontam como garantia ao contratante tanto o valor indenizatório, quanto o respeito às regras de boa-fé contratual e a vedação a eventuais efeitos retroativos da revogação:

“No momento da revogação o revogante deve observar as obrigações que derivem dos usos e da boa-fé, como: manifestar sua vontade de revogar a autorização de forma expressa e clara; comprovar ser o titular do direito [...] O arrependimento da autorização é admitido nos termos mais amplos, mas a indenização do afetado pela revogação unilateral deve ser plena, independentemente da forma contratual realizada e se era em caráter gratuito ou oneroso a autorização. Em razão da revogação devem ser indenizados os danos e prejuízos efetivamente causados, além das expectativas justificadas do terceiro que tinha autorização para usar a imagem. A revogação pode ser realizada a qualquer tempo, porém não se admite quando ela for produzida com muito atraso em relação ao efeito pretendido, que é proteger a imagem da pessoa. Esta ocorrência seria um caso claro de quebra da boa-fé contratual. A revogação do consentimento pode ocorrer para defender valores pessoais, para proteger e rentabilizar valores patrimoniais protegidos pelo direito à imagem ou até mesmo para proteger valores das duas naturezas.”

Verificado, portanto, aplicável o regime de revogação unilateral no direito brasileiro, respeitados os critérios acima apontados, passa-se a análise da validade da cláusula de exclusividade.

Exclusividade seria a prerrogativa de determinado contratante em ser o único a exercer qualquer um dos poderes provenientes do direito à imagem, por autorização do próprio titular. Em que pese o referido, o aspecto personalíssimo do direito, em tese, permite que não haja restrição de nova disposição caso deseje o sujeito de direito.

¹⁴⁶ GLITZ, Frederico. TOAZZA, Gabriele Bortolan. Op. cit. p. 375/376

Porém, conforme visto com o regime de revogação unilateral, fica claro que deve haver observância da cláusula de exclusividade, por respeito à boa-fé contratual.

Ainda que nenhum tribunal superior brasileiro tenha sido chamado para decidir caso entre o titular de direito à imagem e o contratante com cláusula de exclusividade que sentiu-se lesado, é possível observar situação muito próxima no caso Fischer América Comunicação Total Ltda. e All-E Esportes e Entretenimento Ltda. (agências publicitárias responsáveis pelas campanhas da cerveja Nova Schin) contra Africa São Paulo Publicidade Ltda (agência publicitária responsável por campanha publicitária da Brahma), em razão da utilização da imagem do cantor Zeca Pagodinho¹⁴⁷.

No caso específico, o contratado era notório consumidor da marca Brahma, contudo, a marca Nova Schin valeu-se justamente desta fama, contratando os poderes de captação, utilização e publicação da imagem do titular, para vincular este à ideia publicitária de que as pessoas deveriam experimentar a nova marca. Porém, pouco tempo depois, Zeca Pagodinho voltou a fazer campanha publicitária à marca Brahma, enquanto ainda estaria vigente o contrato com a Nova Schin, inclusive fazendo referências diretas à esta marca, como se a relação entre a última e o cantor fosse apenas um “*amor de verão*”.

Em que pese Zeca Pagodinho não tenha figurado como parte no processo, o voto do ministro Paulo de Tarso Sanseverino valeu-se de referência à conduta deste para caracterizar a violação da boa-fé objetiva. No acórdão afirma que:

“ainda que abstraída a questão da concorrência desleal, a ilicitude do ato praticado pela agência ÁFRICA poderia ser verificada sob a perspectiva do princípio da boa-fé objetiva, positivado no Código Civil de 2002 (artigos 113, 187 e 422), dele extraído-se um dever geral imposto a toda a coletividade de manter uma postura ética, respeitando a relação contratual estabelecida

¹⁴⁷ REsp 1316149/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 27/06/2014

entre dois contratantes. O violador desse dever tem sido denominado "terceiro ofensor" pela doutrina."

Após tal referência, o ministro passa para consideração interessantíssima da doutrina de Nelson Rosenvald, que apresenta:

*"As relações contratuais produzem obrigações restritas às partes - princípio da relatividade contratual -, mas geram oponibilidade 'erga omnes', pois a sociedade deve se comportar de modo a respeitar as relações jurídicas em curso, permitindo que alcancem o seu desiderato pela via adequada do adimplemento. **Nesse instante, os contratantes retomam a sua liberdade e estão aptos a contrair novos negócios jurídicos, preservando o clima de estabilidade nas relações econômicas** e propiciando uma confiança generalizada no cumprimento dos contratos. Jogadores de futebol, artistas de emissoras de televisão, técnicos especializados, enfim, uma gama de pessoas recebe - e aceita - propostas de concorrentes, menos pelo interesse específico do ofertante na aquisição do profissional e mais pelo simples propósito comercial de esvaziar o contrato alheio, naquilo que pode ser registrado como uma espécie de concorrência desleal. Portanto, não é justo que terceiros atuem como se desconhecem os contratos, desrespeitando-os apenas para a satisfação de seus interesses pessoais, mas de modo ofensivo às finalidades éticas do ordenamento jurídico."*

Admitida a necessidade de respeito à boa-fé contratual, a cláusula de exclusividade deve ser observada pelo titular, contudo, nos mesmos termos do rompimento unilateral. Sendo assim, a manutenção do contrato não pode ser forçada ao sujeito de direito somente por termos comerciais, logo, permanece a cláusula como suscetível de rompimento, ainda que seja capaz de gerar indenização.

Dessa forma, são completamente válidas a possibilidade de rescisão unilateral e a cláusula de exclusividade sobre a imagem, uma vez que a presença de nenhuma das duas gera a nulidade do contrato e, inclusive, gera a obrigação de indenizar. Mesmo assim, essa indenização estará limitada para que não possa *"impedir o*

*exercício efetivo do direito de revogação do consentimento, assim a quantia estabelecida não pode ser exorbitante*¹⁴⁸.

Por fim, ainda quanto a cláusula de exclusividade, fica destacado que a decisão judicial valorizou fortemente a presença de contrato ainda vigente, só sendo possível que o contratante atue contra seus termos, sem qualquer sanção, após o “*desiderato pela via adequada do adimplemento*”. Neste aspecto, podemos estabelecer uma ligação com o plano da eficácia.

2.2.2.3. Do plano da eficácia

Eficácia consiste na capacidade do negócio jurídico em produzir os efeitos pretendidos pelas partes, conforme originalmente manifestados por suas vontades¹⁴⁹. Para produção da eficácia, aponta-se os fatores de condição, termo e encargo.¹⁵⁰

Contudo, para concluir quais são os requisitos restantes ao negócio jurídico de direito à imagem, possibilitando posicioná-los no plano da eficácia, utiliza-se do restante dos elementos cujo consentimento precisa atuar, conforme são apontados por GLITZ e TOAZZA¹⁵¹, citando Gascó: “*o consentimento deve especificar o ato determinado que permite (captação, reprodução, publicação), o meio (fotografia, vídeo, retrato, etc.), a finalidade, além do tempo e a quantidade de vezes. Porém, a falta de um desses elementos não significa que será **nulo o contrato**, se possível, ele será determinado pelos critérios de interpretação e integração dos contratos*”

¹⁴⁸ GLITZ, Frederico. TOAZZA, Gabriele Bortolan. Op. cit. p. 376/377

¹⁴⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueiro. Op. cit. p. 49.

¹⁵⁰ TEPEDINO, Gustavo. Op. cit. 27.

¹⁵¹ GLITZ, Frederico. TOAZZA, Gabriele Bortolan. Op. cit. p. 372.

Os autores apontam expressamente que a ausência de cláusula que aponte os poderes; o meio; a finalidade e o tempo e a quantidade de vezes não leva à nulidade, portanto, demonstram-se como elementos da eficácia.

Neste aspecto, porém, não é possível concordar com os autores citados. Conforme tem se demonstrado, o objeto do negócio jurídico são os poderes decorrentes da titularidade do direito à imagem, o que os autores chamam 'ato determinado'. Se o objeto pertence ao critério da validade, logo, sua ausência incorre em nulidade.

Junto do objeto encontram-se complementos necessários, nisso adentrando o meio de fixação (fotografia, vídeo, retrato e etc,) e a finalidade (complemento ao poder de **utilizar**), contudo, nesse ponto concorda-se com os autores, caso haja ausência de especificação do meio e da finalidade, deverão ser utilizadas regras de interpretação e integração dos contratos, ainda que os requisitos também pertençam ao plano da validade (com as cláusulas que referem-se à "*todos os fins*" ou "*quaisquer meios*" sendo nulas).

Porém, quanto à eficácia, percebe-se que o principal aspecto é a duração do contrato (ou elemento que limite a quantidade de vezes que o contratante realiza determinado poder).

Condição, no plano da eficácia, é definida como a disposição condicionada à acontecimento futuro e incerto, assim como o encargo é definido como ônus que limita o acesso à disposição¹⁵², sendo assim, não há que se falar em nenhuma das duas hipóteses para o elemento restante da duração contratual. Portanto, a vigência contratual pertence ao requisito do 'termo'.

Orlando Gomes afirma que termo é a cláusula que subordina à acontecimento futuro e certo o nascimento ou a extinção de um negócio jurídico; podendo também

¹⁵² GOMES, Orlando. Op. cit. p. 343 e 361

regular o exercício de direito e o cumprimento de obrigações¹⁵³. Certamente o tempo de vigência do contrato e a quantidade de vezes que determinado ato pode ser realizado, limitam o negócio jurídico pelo momento que começa e termina a eficácia temporalmente.

2.3. Contratos de objeto em direito à imagem:

Bittar¹⁵⁴ aponta como o contrato específico para a disposição de poderes do direito à imagem, o contrato de licença ou de concessão de uso, devendo, conforme previamente explicado, *“explicitar, necessariamente, todos os elementos integrantes do ajuste de vontade, a fim de evitar-se eventuais dúvidas: direito objetivado, fim, prazo, condições, inclusive a remuneração: possibilidade de renovação e outras”*.

Licença ou concessão são autorizações, porém, o autor faz referência apenas ao poder de uso (utilização). Ainda assim, não é óbice para considerar o referido tipo contratual como impróprio ao direito à imagem, isto porque Bittar também afirma que deve ser fixado o *“direito objetivado”*, ficando claro que demais poderes do direito à imagem também podem ser convencionados nos termos antes demonstrados. Sendo assim, este é contrato próprio e básico para o direito em análise.

Contudo, o próprio autor faz uma ressalva quanto *“ao artista, que a lei que rege a categoria impõe a observância de dados mínimos no contrato para publicidade (art. 14 da lei 6.533, de 24.5.78)”*.

¹⁵³ Ibid. p. 354

¹⁵⁴ BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit. p. 88

A ressalva do professor não aplica-se, unicamente, aos artistas¹⁵⁵. A prevalência do aspecto trabalhista sobre o uso da imagem de determinadas categorias também tem hipótese claríssima com os desportistas, na fixação do direito de arena, decorrente da participação dos titulares da imagem em obra coletiva¹⁵⁶ (artigo 42 da lei 9.615) e a limitação de 40% da remuneração em direito de imagem que seja cedida à entidade desportiva (art. 87-A, parágrafo único da lei 9.615)¹⁵⁷. Neste caso, tratam-se de contrato de trabalho em geral, em que o direito à imagem é característica secundária e não a razão, em si, do contrato.

Em que pese o artigo 87- A também deixe clara a natureza civil do ajuste, os tribunais do trabalho têm entendido por sua competência para julgar tais assuntos, quando a verba de direito de imagem tiver função de fraude salarial, principalmente através da “*pejotização*” do titular deste direito, sendo claro isso no julgado a seguir:

“A controvérsia diz respeito à natureza jurídica da verba denominada “direito de imagem”. Com efeito, trata-se o direito de imagem, direito fundamental

¹⁵⁵ Art. 14 - Nas mensagens publicitárias, feitas para cinema, televisão ou para serem divulgadas por outros veículos, constará do contrato de trabalho, obrigatoriamente:

I - o nome do produtor, do anunciante e, se houver, da agência de publicidade para quem a mensagem é produzida; II - o tempo de exploração comercial da mensagem; III - o produto a ser promovido; IV - os veículos através dos quais a mensagem será exibida; V - as praças onde a mensagem será veiculada; VI o tempo de duração da mensagem e suas características.

¹⁵⁶ Art. 42. Pertence às entidades de prática desportiva o direito de arena, consistente na prerrogativa exclusiva de negociar, autorizar ou proibir a captação, a fixação, a emissão, a transmissão, a retransmissão ou a reprodução de imagens, por qualquer meio ou processo, de espetáculo desportivo de que participem. § 1º Salvo convenção coletiva de trabalho em contrário, 5% (cinco por cento) da receita proveniente da exploração de direitos desportivos audiovisuais serão repassados aos sindicatos de atletas profissionais, e estes distribuirão, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo, como parcela **de natureza civil**.

¹⁵⁷ Art. 87-A. O direito ao uso da imagem do atleta pode ser por ele cedido ou explorado, mediante ajuste contratual de natureza civil e com fixação de direitos, deveres e condições inconfundíveis com o contrato especial de trabalho desportivo.

Parágrafo único. Quando houver, por parte do atleta, a cessão de direitos ao uso de sua imagem para a entidade de prática desportiva detentora do contrato especial de trabalho desportivo, o valor correspondente ao uso da imagem não poderá ultrapassar 40% (quarenta por cento) da remuneração total paga ao atleta, composta pela soma do salário e dos valores pagos pelo direito ao uso da imagem.

*consagrado no artigo 5º, V e X, da Constituição Federal, que, no caso do atleta profissional de futebol, relaciona-se à veiculação da sua imagem individualmente considerada, diferentemente do direito de arena, o qual se refere à exposição da imagem do atleta enquanto partícipe de um evento futebolístico. Nesse sentido, é comum a celebração do contrato de trabalho juntamente ao de licença do uso de imagem do atleta profissional, este autônomo e de natureza civil [...] Entretanto, tal retribuição financeira somente teria natureza indenizatória caso a celebração do referido contrato se desse sem o intuito de fraudar a legislação trabalhista. Assim, nos casos em que verificada a fraude, deve-se declarar o contrato nulo de pleno direito, nos termos do artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho, atribuindo-se caráter salarial à parcela recebida fraudulentamente a título de direito de imagem.*¹⁵⁸

A própria limitação em 40% do recebimento do direito à imagem tem função de prevenir a ampliação da prática de fraude salarial.

Contudo, o simples fato de o caso referente ao direito à imagem ter como parte atleta, não significa que é hipótese de consequência do contrato de trabalho. Quanto a isso, é importante remeter ao caso de diversos jogadores de futebol que tiveram suas características retratadas no jogo eletrônico *Fifa Soccer*¹⁵⁹.

No julgamento de um desses casos, envolvendo o atleta Paulo César Elias, decidiu-se pela violação ao direito à imagem, uma vez que o jogo de videogame capturou e fez uso das feições do atleta, sem qualquer acordo com o titular, neste sentido:

“Destarte, somente poderia ter sido cedido à ré pelo autor, ou por pessoa a quem o autor o tenha, inequivocamente, cedido [...] Ademais, ao contrário do afirmado pela ré, as figuras indicadas pelo autor não são simples

¹⁵⁸ AIRR-800-86.2009.5.01.0025. Desembargadora Convocada Maria das Graças Silvano Dourado Laranjeira. 2ª Turma, julgado em 29/10/2012. Trata-se de julgado envolvendo o ex-jogador Rafael Scheidt, ex-zagueiro do Botafogo e Grêmio, contudo, que jamais participou de qualquer evento publicitário,

¹⁵⁹ Disponível em: <<https://g1.globo.com/tecnologia/games/noticia/jogadores-brasileiros-processam-produtoras-de-jogos-de-futebol-por-direitos-de-imagem1.ghtml>>. Acesso em 12 nov. 2018

*representações masculinas. É possível verificar que a imagem se trata, em verdade, do próprio autor, tendo em vista a reprodução de seu nome, suas características físicas, bem como fora alocado em clube com o qual detinha relação comercial.”*¹⁶⁰

Por fim, remete-se aos contratos de promoção de marca ou *sponsorship*. Estes vinculam o titular diretamente a produto(s) ou empresa(s), visando a valorização destes e do valor de mercado do próprio titular do direito.

Esta disposição pode partir do titular ou ser cedido para que outro a realize, contudo, conforme anteriormente afirmado, de forma mais restrita do que pelo próprio titular. Neste sentido, diversos sujeitos de direito acabam criando empresas para o gerenciamento da imagem e de outros aspectos de sua personalidade, ou valendo-se de empresas terceiras.

Uma das maiores empresas do ramo é a *Doyen Sports Investment Limited* e uma das celebridades mais midiáticas do mundo é o atleta Neymar. Para demonstrar atributos gerais do contrato de promoção de marca, junta-se cópia de termos do acordo entre as duas partes, que seguem¹⁶¹:

¹⁶⁰ Apelação cível nº 1130940-71.2016.8.26.0100, Desembargador José Joaquim dos Santos. São Paulo. 2ª Câmara de Direito Privado, julgado em 18/09/2018.

¹⁶¹ Respectivo instrumento disponível em: <<https://footballleaks2015.wordpress.com/?s=neymar>>. Acesso em: 15 set. 2018.

CONTRATO DE PROMOÇÃO DE MARCA
E CARREIRA ESPORTIVA

O PRESENTE CONTRATO é celebrado aos 02 dias do mês de Agosto de 2012

ENTRE:

NEYMAR SPORT MARKETING LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 08.007.812/0001-70, com sede na Av. Ana Costa nº 48/50, conjunto 61, Vila Matias, Santos/SP, Brasil, CEP 11.060-000, neste ato representada por seu diretor-gerente, Sr. Neymar da Silva Santos, brasileiro, casado, portador do documento de identidade nº 12.753.182, expedido pelo SSP/SP, inscrito no CPF/MF sob o nº 080.591.778-00, residente e domiciliado na Av. Almirante Cochrane nº 83, apto. 92, Embaré - Santos/SP, Brasil, CEP 11.040-000 ["**NR SPORTS**"];

DOYEN SPORTS INVESTMENTS LIMITED, sociedade legalmente constituída e existente de acordo com as leis de Malta, com sede em 40 Villa Fairholme, Sir Augustus Bartolo Street, XBX 1095, Ta'Xbiex, Malta, registrada sob o nr.º C52998 e com Identificação Fiscal nr.º MT2046-9806, neste ato representada por seu procurador, Sr. Nélío Freire Lucas, português, portador do passaporte português nº J687475, com domicílio na Avenida 5 de Outubro, 151, 6ºE, Lisboa, Portugal, ["**DOYEN**"];

NEYMAR DA SILVA SANTOS JUNIOR, brasileiro, solteiro, jogador profissional de futebol, nascido em 05 de fevereiro de 1992, portador do documento de identidade nº 36.008.846-6, expedido pelo SSP/SP, inscrito no CPF/MF sob o nº 382.443.358-31, residente e domiciliado na Av. Almirante Cochrane, nº 83, apto. 202, Embaré - Santos/SP, Brasil, CEP 11.040-000 ["**ATLETA**"]; e

SANTOS FUTEBOL CLUBE, pessoa jurídica de direito privado, com sede no município de Santos, Estado de São Paulo, na Rua Princesa Isabel, nº 77, CEP 11.075-501, inscrita no CNPJ/MF sob o nº. 58.196.684/0001-29, neste ato representada por seu presidente, Sr. Luis Álvaro de Oliveira Ribeiro, portador do documento de identidade nº. 2.865.682-9, inscrito no CPF/MF sob o nº 005.488.478-00 ["**SANTOS F.C.**"].




Figura 1: Partes.

Fonte: footballleaks, 2015.

DISPOSIÇÕES EM VIGOR

1. DEFINIÇÕES

1.1. No presente Contrato, “**Direitos Promocionais**” significam os direitos da DOYEN de, com consentimento prévio e escrito da NR SPORTS, nos termos do presente Contrato, utilizar os direitos de imagem, propriedade intelectual e demais elementos e signos distintivos que constituem a personificação e personalidade do ATLETA, como por exemplo:

- (i) o nome, voz, autógrafo e detalhes biográficos do ATLETA;
- (ii) declarações e expressões específicas e características do ATLETA ou sobre ele;
- (iii) fotografias, filmes, vídeos, gravações de som e imagens eletrônicas do ATLETA em qualquer meio.

1.2. O presente contrato restringe-se tão somente a figura do ATLETA, sendo vedada qualquer criação de personagem que porventura possa utilizar as características físicas, voz, traços de personalidade, habilidades e circunstâncias de sua vida pessoal e/ou profissional do ATLETA, eis que a imagem do ATLETA para essa finalidade já se encontra devidamente cedida para a empresa MAURICIO DE SOUSA PRODUÇÕES LTDA que se comprometeu através de Mauricio de Souza, com a criação e produção, por MAURICIO, de personagem denominado NEYMAR JR e de histórias em que ele participe, bem como com a produção, divulgação e exploração empresarial de personagens e histórias infantis, no Brasil e no exterior.

1.2.1 As partes esclarecem que os direitos da figura do ATLETA outorgados à DOYEN no presente Contrato, não sofrerão qualquer diminuição ou restrição, quando estes não forem conflitantes com o disposto na cláusula 1.2 acima.

1.3. No presente Contrato, “**Serviços Promocionais**” significam os serviços que serão desenvolvidos pela DOYEN com a finalidade de atingir os objetivos deste contrato e que contarão com a participação do ATLETA, após requisição com antecedência razoável e sempre mediante a

Figura 2: Definições 01.

Fonte: footballleaks, 2015.

liberação por parte da comissão técnica do Clube ao qual o mesmo estiver vinculado. Se entende por “Serviços Promocionais”, entre outros, o seguinte:

- (i) eventos promocionais e aparições públicas organizadas pela DOYEN ou envolvendo empresas, incluindo, mas não se limitando a, conferências de imprensa e marketing, relacionadas aos produtos patrocinados, promoção de produtos, sessões de autógrafo e eventos de celebridades, no Território, nos termos deste Contrato, sempre mediante a liberação por parte da comissão técnica do Clube;
- (ii) sessões fotográficas, a serem realizadas sempre no Brasil, para elaboração de material promocional, de publicidade e propaganda, incluindo, mas não se limitando a, cartazes e folhetos em vitrines de lojas, outdoors e anúncios em paredes;
- (iii) gravação de filmagens fotográficas ou de sessões de transmissão de vídeo, a serem realizadas sempre no Brasil, com o propósito de produzir propagandas e material de publicidade para a exploração dos Direitos Promocionais a serem usados em todas e quaisquer plataformas de mídia, de acordo com os termos do presente Contrato;
- (iv) trabalho voluntário ou de caridade; e
- (v) clínicas esportivas ou de mídia e academias de futebol no Território.

Figura 3: Definições 02.

Fonte: footballleaks, 2015.

- 1.4. **“Termo”** significa o período da cláusula [7] abaixo.
- 1.5. **“Território”** significa todos os países localizados no continente Asiático, Angola, Rússia, México, Turquia, Reino Unido e os Estados Unidos de América, observado o seguinte:
- 1.5.1. O licenciamento dos Direitos Promocionais à DOYEN no Reino Unido perdurará tão-somente até 31 de Agosto de 2015.
- 1.5.2. Nos Estados Unidos da América a DOYEN não terá a exclusividade de exploração dos Direitos Promocionais, podendo desta forma, a NR SPORTS, também ceder a imagem do Atleta a terceiros sem a autorização, consentimento ou mesmo anuência prévia da DOYEN, a qual não terá direito a receber qualquer percentual sobre dita cessão.
- 1.5.3. Com respeito do estabelecido na cláusula 1.5.2 as partes pactuam o direito de primeira oferta a ser conferido pela empresa NR SPORTS à DOYEN, para eventuais licenciamentos adicionais de Direitos Promocionais nos Estados Unidos da América, nas mesmas condições ofertadas ou propostas por terceiros, salvaguardando os direitos preferenciais concedidos por contrato aos atuais patrocinadores do ATLETA identificados na cláusula 1.6.1 e as propostas advindas da empresa IMX/IMG.
- 1.6. Como EXCEÇÃO ao exposto nas cláusulas anteriores 1.5 até 1.5.2, a NR SPORTS salvaguarda, e a DOYEN aceita, a preservação dos direitos que assistem aos atuais patrocinadores.

Figura 4: Patrocinadores 01.

Fonte: footballleaks, 2015.

do ATLETA, assim, todos os produtos concorrentes destas marcas, somente poderão ser contemplados neste acordo, após prévia e expressa anuência da NR SPORTS, considerando o seguinte:

1.6.1. Patrocinadores do ATLETA:

- VOLKSWAGEN
- NIKE
- AMBEV
- PANASONIC
- RED BULL
- CLARO
- SANTANDER
- UNILEVER
- BARUEL
- HELIAR
- GSK
- LUPO

1.6.2. Com EXCEÇÃO das marcas dos patrocinadores cujos contratos não tem vigência no Território, BARUEL, HELIAR, GSK, LUPO e CLARO, todos os produtos concorrentes das restantes marcas identificadas na cláusula 1.6.1, somente poderão ser contemplados neste acordo após prévia e expressa anuência da NR SPORTS.

1.6.3. A Volkswagen, dentro do período contratual vigente e sua eventual renovação, terá prioridade em relação a seus concorrentes diretos.

1.6.4. Na Indonésia, Malásia, Singapura e Tailândia o licenciamento dos Direitos Promocionais à DOYEN não compreenderá os produtos conflitantes com a marca “OMO” e/ou produtos de lavanderia correspondentes.

1.6.5. O contrato de patrocinador mundial do ATLETA com a “RED BULL” não impede a DOYEN de licenciar os Direitos Promocionais com essa marca no continente Asiático.



Figura 5: Patrocinadores 02.

Fonte: footballleaks, 2015.

2. DIREITOS

2.1. A NR SPORTS garante à DOYEN a exclusividade de prestar os Serviços Promocionais relacionados aos Direitos Promocionais, dentro do Território, desde a assinatura do presente contrato até 31 de agosto de 2015 e, sem qualquer exclusividade, a partir de 01 de setembro de 2015 até 31 de agosto de 2017, e se obriga a fazer com que o ATLETA preste os Serviços Promocionais, sempre com a observância do estabelecido na cláusula 1.4.1.

2.2. A DOYEN terá o direito de utilizar a imagem do ATLETA, obtida junto ao seu acervo de fotos, para a publicidade da rede de Hotéis Rixos, localizados nos seguintes países: Turquia, Dubai, Cazaquistão, Croácia, Emirados Árabes Unidos e Líbia. Sendo que, sobre esta cessão de imagem, qual será veiculada dentro do território de cada país, dos contidos nesta cláusula, a NR SPORTS não

terá direito a receber qualquer compensação econômica.

2.2.1. Sendo vedada à DOYEN, a utilização de fotos do personagem que será criado por Mauricio de Souza, assim como estabelecido na cláusula 1.2 retro.

Figura 6: Direitos.

Fonte: footballleaks, 2015.

Na disposição carregada percebe-se que diversos poderes foram cedidos à *Doyen*, inclusive o de dispor. Dessa forma as previsões vão desde o lugar e tempo em que serão praticados atos da imagem, até outras empresas que podem valer-se das faculdades do titular com exclusividade.

Sendo assim, mostra-se que dependendo do grau de complexidade econômico das relações, assim como de interesses muitas vezes externos à própria relação supostamente protegida, esses contratos podem ser especializados. Contudo, volta-se a sustentar que para fins de disposição de poderes de imagem, observados os requisitos já analisados, o contrato de licenciamento ou cessão já é suficiente.

3. CONCLUSÃO

O Direito à Imagem, nos termos demonstrados, é corolário da autodeterminação humana quanto suas características físicas, voz e movimentos típicos, quando estes têm o condão de identificar seu titular no seio da sociedade.

Para o exercício dessa autodeterminação, o indivíduo executa as faculdades de **captar, armazenar, modificar, reproduzir, veicular, transferir, divulgar, publicar e utilizar** de sua imagem, entre outras atividades apontadas por doutrina e jurisprudência de conteúdo equivalente.

Ocorre que existe uma faculdade restante. Essa é a de dispor/ceder qualquer um dos demais poderes, para que um terceiro os execute, em tempo, local, meios e para fins limitados pelo próprio titular. Apesar de o poder de disposição ser passível de exercício por outro sujeito (cessionários), nunca este será tão amplo quanto o exercício sob julgo do titular original do direito.

Contudo, com a disposição de poderes, é possível que este direito adquira contornos economicamente auferíveis, que podem beneficiar tanto o titular original quanto outros envolvidos.

Juntada as características da disponibilidade e da patrimonialidade, concluímos a existência de um aspecto patrimonial do direito à imagem que, no Brasil, é indissociável do aspecto personalíssimo deste mesmo direito. Por isso este é restrito, o que não impede que ganhe características especiais e fundamente contratos.

Sob o plano da existência, é pressuposto a vontade manifestada do agente, que pode se dar tanto de forma tácita, quanto expressa, sendo preferencial esta última para fundamentar os demais requisitos do contrato.

No plano da validade, encontra-se o conteúdo do direito (objeto contratual), que jamais poderá ser disposto de forma geral pelos riscos de esvaziar este e constituir renúncia ou transferência; esses poderes são complementados pelos fatores da

finalidade e o meio de fixação. Também no plano da validade tem repercussão o caso da manifestação de vontade dos incapazes, contudo, há um descompasso entre as hipóteses legais e as práticas comerciais nesse ponto, conforme o caso das redes sociais, entre outros.

No plano da eficácia encontra-se a necessidade de estabelecer prazo de vigência para a disposição do direito à imagem, com termo, pois esta cessão além de não poder ser geral (repercutida em outros planos), também não pode ser eterna.

Demonstrou-se, ainda, que valer-se de instrumento contratual para a disposição da imagem alcançou tais limites que houve até certa especialização de tipos contratuais referentes ao mesmo, ampliando os espectros do contrato de licença.

Com a respectiva lógica explicitada, é possível ao ordenamento jurídico contrabalancear direitos de origem fundamental, práticas comerciais já recorrentes e o interesse econômico do próprio titular ao qual o ordenamento despende proteção. Com a ausência de sacrifícios severos em quaisquer dos aspectos analisados, sua aplicação atende a previsão constitucional e, portanto, continua direcionado à uma ideia de consagração da dignidade da pessoa humana e desenvolvimento da personalidade.

BIBLIOGRAFIA

ABRAVANEL-JOLLY, Sabine. Le droit à l'image de l'individu. Actuassurance - La Revue Numerique en Droit des Assurances. Publication n°15 Septembre 2010. Disponível em: <<http://actuassurance.free.fr/chroni018>> Acesso em: 16 out. 2018.

AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. Direito à própria imagem. 5ª edição. Curitiba: Juruá, 2007.

AGÊNCIA REUTERS. Jogadores brasileiros processam produtoras de games de futebol por direitos de imagem. Disponível em: <<https://g1.globo.com/tecnologia/games/noticia/jogadores-brasileiros-processam-produtoras-de-games-de-futebol-por-direitos-de-imagem1.ghtml>>. Acesso em 12 nov. 2018

ARAÚJO, Luiz Alberto David de. A proteção constitucional da própria imagem. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil – Teoria Geral – Vol. 1 – Introdução. As Pessoas. Os Bens. São Paulo: Saraiva, 2010.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.33.

BAUMAN, Zygmunt. Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias; tradução Carlos Alberto Medeiros. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008. p. 22

BARROSO SILVA, Andréa. Direito à imagem: o delírio da redoma protetora. In: MIRANDA, Jorge et al. (Org.) Direitos da Personalidade. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2012.

BERTI, Silma Mendes. Direito à própria imagem. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 36.

BERVERLEY-SMITH, Huw. OHLY, Ansgar. LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. Privacy, Property and Personality: Civil Law Perspectives on Commercial Appropriation. Cambridge University Press. First published. 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária; 1995.

BRASIL. Código Civil. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916.

BRASIL. Código Civil. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Código de Propriedade Industrial. Lei 5.772, de 21 de dezembro de 1971.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 5 de outubro 1988

BRASIL. Estatuto da criança e do adolescente. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.

BRASIL. Lei nº 496, de 1º de agosto de 1898.

BRASIL. Lei de Direitos Autorais. Lei 5.988, de 14 de dezembro de 1973.

BRASIL. Lei de Direitos Autorais. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.

BRASIL. Lei de Execuções Penais. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

BRASIL. Marco Civil da Internet. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.

CHAVES, Antonio. Direito à própria imagem. São Paulo: Revista dos Tribunais.

CONCEPCIÓN RODRIGUEZ, José Luiz. Honor, intimidad e imagen: Un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982. Barcelona: Bosch. 1996.

CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade; tradutor, Afonso Celso Furtado Rezende - São Paulo; Quorum, 2006.

DUVAL, Hermano. Direito à imagem. São Paulo: Saraiva. 1988

ESPANHA. Ley Orgânica. 1 de 1982.

ESTRADA ALONSO, Eduardo. El derecho a la imagen la LO núm. 1/1982 de 5 de mayo. Rac, Tomo-2, 1990. p. 347/348 apud CONCEPCIÓN RODRIGUEZ, José Luiz. Honor, intimidad e imagen: Un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982. Barcelona: Bosch. 1996. p. 51

FACHIN, Zulmar Antonio. A proteção jurídica da imagem. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A Dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Conselheiros/Luiz-EdsonFachin.pdf>>. Acesso em 15 out. 2018

FESTAS, David de Oliveira. Do conteúdo patrimonial do direito à imagem- contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido e inter vivos. Lisboa: Coimbra, 2009.

FRANCIULLI NETO, Domingos. A proteção ao direito à imagem e a Constituição Federal. p.34. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/informativo/article/view/442>>. Acesso em: 25 out. 2018.

FRANÇA. *Code Civil des Français*, 21 de março de 1804.

FRANÇA. *Lei nº 70-643*. Lei de reforço a garantia dos direitos individuais dos cidadãos de 17 de julho de 1970.

FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da Personalidade: Coordenadas Fundamentais. In: *Coleção doutrinas essenciais: direito civil parte geral*; vol. III. Pessoas e domicílio. MENDES, Gilmar Ferreira (Org.). São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FOOTBALL LEAKS. Contrato Neymar e Doyen Sports. Disponível em: <<https://footballleaks2015.wordpress.com/?s=neymar>>. Acesso em: 15 set. 2018.

GITRAMA, González. Derecho a la propia imagen, Nueva Enciclopedia Jurídica. eix. Editor, Tomo XI, Barcelona, 1962, pág. 332 e 333. apud HERCE DE LA PRADA, Vicente. El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión. Barcelona: José M.^a Bosch Editor. 1994. p.33

GLITZ, Frederico. TOAZZA, Gabriele Bortolan. O contrato para disposição da imagem na perspectiva dos direitos da personalidade. In: *Revista Justiça do Direito* - v. 31, n.2. | maio/ago de 2017. p. 372/373.

GOMES, Orlando. *Introdução a o direito civil*, 8^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986.

HARBOTLE & LEWIS. Rooney vs Proactive: Some Important Lessons for Image Rights Deals. Disponível em: <<https://www.harbottle.com/news/rooney-vs-proactive-some-important-lessons-for-image-rights-deals/>>. Acesso em: 10 nov. 2018

HERCE DE LA PRADA, Vicente. El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión. Barcelona: José M.^a Bosch Editor. 1994

ITALIA. Regio Decreto n. 26 de 16 de março de 1942.

MARTÍ, Silas. Entenda o escândalo do uso de dados do Facebook. Folha de São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/03/entenda-o-escandalo-do-uso-de-dados-do-facebook.shtml>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

MAQUINA DO ESPORTE. TCL eleva status de Rodrygo em campanha no Brasil. 2018. Disponível em: <https://maquinadoesporte.uol.com.br/artigo/tcl-eleva-status-de-rodrygo-em-campanha-no-brasil_35644.html>. Acesso em: 12 nov. 2018.

MONTESCHIO, Horácio. A imagem como patrimônio: uma análise do conteúdo patrimonial do direito à imagem. 1^a ed. Birigui, SP. Boreal Editora, 2015.

MORAES, Walter. Direito à própria imagem. *Revista dos Tribunais*, v.443. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 64.

NOTAROBERTO BARBOSA, Alvaro Antonio do Cabo. *Direito à própria imagem: aspectos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1989.

PLURI CONSULTORIA. Relatório de avaliação de Neymar, pós-copa. Disponível em: <<http://www.pluriconsultoria.com.br/wp-content/uploads/2018/07/valuation-Neymarjr-0718.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955. t. VII.

PORTAL TERRA. Se é de graça como o Facebook ganha dinheiro? Descubra. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/tecnologia/negocios-e-ti/se-e-de-graca-como-o-facebook-ganha-dinheiro-descubra,da585295fb6ea310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>> Acesso em: 12 nov. 2018.

PORTUGAL. Código Civil Português. Decreto-Lei nº 47.344 de 25 de Novembro de 1966.

SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. 3ª ed. - São Paulo: Atlas, 2014.

SOLOMON, Michael R. O Comportamento do Consumidor - Comprando , Possuindo e Sendo; 11ª edição. Porto Alegre: Editora Bookman, 2016. p. 28/29

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. O direito geral de personalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. p.10. Disponível:<https://www.academia.edu/31740015/A_tutela_da_personalidade_no_ordenamento_civil-constitucional_brasileiro> acesso em: 02 nov. 2018.

TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional / Coord. Gustavo Tepedino. – 2.ed. ver. E atual. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/32350-38875-1-PB.pdf>>. Acesso em 23 out. 2018.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A proteção da imagem e da vida privada na França. In: Revista Brasileira de Direito Civil - v. 17 (2018)| Jul-Set 2018. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/index>> Acesso em: 23 set. 2018.